Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Schollwoeck
aus Nürnberg
Referendar am Landgericht zu Nürnberg

Approbiert am 10. Juni 1928

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929

29:65

Referent:
Geheimer Rat Univ.-Professor Dr. Sehling.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

§ 1. Einleitung: Der Einfluß des modernen Arbeitsverhältnisses auf die Lohn- und Wirtschaftspolitik.

I. Wirkung des Kollektivprinzips im allgemeinen.
§ 2. Begriff und Bedeutung des Tarifvertrags.
§ 3. Begriff der Unabdingbarkeit.
§ 4. Die Bedeutung des § 1 der Tarifvertragsordnung.

II. Grenzen der Unabdingbarkeit in Bezug auf die Person des Arbeitsvertrags.
§ 5 Die Personen des Arbeitsvertrags als Mitglieder der Tarifvertragsparteien.
§ 6. Freiwillige Unterwerfung der Arbeitsvertragsparteien.

III. Grenzen in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsvertrags.
§ 7. Die Arbeitsbedingungen.
§ 8. Die Betriebsvereinbarung als Arbeitsbedingung.

IV. Grenzen der Unabdingbarkeit durch Vereinbarung der Tarifvertragsparteien.
§ 9. Die Befugnis der Tarifvertragsparteien in Bezug auf die Unabdingbarkeit im allgemeinen.
§ 10. Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers.

V. Tarifwidrige Handlungen der Einzelparteien.
§ 11. Rechtsfolge der tarifwidrigen Abweichung vom Tarifvertrag
§ 12. Die Nachforderung von Ansprüchen aus dem Tarifvertrag.
§ 13. Die Kündigung als Mittel gegen die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

Literaturverzeichnis.

Abkürzungen: AR. = Arbeitsrecht; TV. = Tarifvertrag; U. = Unabdingbarkeit; VO = Verordnung über Tarifverträge; BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch; HGB. = Handelsgesetzbuch; Gew.O. = Gewerbeordnung; Arb.-O. = Arbeitsordnung; DJZ. = Deutsche Juristenzeitung; JW = Juristische Wochenschrift; N.Z.f.A.R. = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; R.Arb.Bl. NAT. = Reichsarbeitsblatt nichtamtl. Teil; Schl.W. = Schlichtungswesen; Betr.R.Ges. = Betriebsrätegesetz; BV. = Betriebsvereinbarung.

Baum, Neues Tarifvertragsrecht, JW. 1919.

Bewer, Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, R.Arb.Bl N.A.T. 1922.

Dersch, Kommentar zum Betr.R.Ges.

Erdel, Zwangsverbindlichkeit von TV.en N.Z.f.A.R. 1922.

— Arb.O. und TV., SchlW. 1926.

— Verzicht auf Tarifgehalt, Schl.W. 1925.

Flatow, Betriebsvereinbarung u. Arb.O.

— Besprechung über Beiträge zum Tarifrecht, R.Arb.Bl., N.A.T. 1924.

Feig-Sitzler, Komm. z. Betr.R Ges.

Gaupp-Stein, Komm. zur Reichszivilprozeß-Ordnung.

Groh, Koalitionsrecht.

Gülde, Ist der Verzicht auf Tariflohn bindend?, DJZ. 1925.

Höniger, Zur Lehre der Nachforderung des Tariflohns, Schl.W. 1922.

— Zur Frage der verspäteten Nachforderung Schl.W. 1921.

Hueck, Recht des Tarifvertrags.

— Tarifrecht, Handbuch III des Arbeitsrechts.

— Arbeitsvertragsrecht, Handbuch II des A.R.

— Die Nachwirkung der TV.e, NZ.f.AR 1926.

— Konkurrenzklausel, Zentralblatt f. Handelsrecht 1928, 2. Heft

— Vereinbarung untertarifl. Löhne zur Verhütung von Arbeitslosigkeit, Schl.W. 1924.

— Entscheidung des Reichsgerichts, JW. 1927, S. 241.

Jakobi, Grundriß des Arbeitsrechts.

Joachim-Flatow, Komm. z. Betr.R.Ges.

Kaskel, Das neue Arbeitsrecht.

Landmann, Komm z. Gew.O.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag.

Meissinger: Tarifrechtl. Folgen des Wechsels in der Person

— des Arbeitgebers, NZ.f.AR. 1924.

— Konkurrenz von TV.en durch Allgemeinverbindlichkeit. NZ. f. AR. 1921.

Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht.

Molitor, Die Inhaltsbestimmung des Arbeitsvertrags, NZ. f. AR. 1924, S 321.
Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arb.-R. 1926.
Nörpel, Die gesetzliche Regelung der Betr.-Vereinbarung, Schl. W. 1925.
Oertmann, Arbeitsvertragsrecht.
— Der politische Boykott.
— Die Nachwirkung von Tarifverträgen, Schl.W. 1924.
Opitz, Betr Vereinbarung AR. 1925.
Potthoff, Probleme des A.R.
— Tarifvertrag u. Konkurrenzklausel, AR. 1921.
Priebe, Der Verzicht auf Tariflohn, DJZ. 1925.
Reichsgerichtsräte Komm. zum BGB.
Riezler, Venire contra factum proprium 1912.
Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag
— Grundlehren des Arb.R.
Sitzler, Tarifrecht.
Staudinger, Komm. zum BGB.
Staub, Komm. zum HGB
Schulz-Schäffer, Karten-Auskunftei: Tariflohn und Nachforderung v. 10. 1. 1923.
Entscheidung des Landgerichts Leipzig Schl W. 1927. S. 168.

Einleitung.

§ 1.

Der Einfluß des modernen Arbeitsverhältnisses auf die Lohn- und Wirtschaftspolitik.

Der Ausbau der Maschine gestaltete das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vollkommen um. Es beruhte früher auf einem besonderen Vertrauensverhältnis. Sobald aber ein Unternehmer 100 und mehr Arbeiter in seinem Betriebe beschäftigte, hörte jede persönliche Beziehung zwischen Unternehmer und Arbeiter auf. Es begann das Zeitalter des Großbetriebs. Die Arbeit gestaltete sich jetzt viel einfacher. Der Unternehmer als Arbeitgeber konnte jederzeit seinen Arbeiter durch einen anderen ersetzen, ohne Schaden für seinen Betrieb fürchten zu müssen. Diesem konnte der Arbeitsvertrag diktiert werden, so wie es dem Arbeitgeber paßte. Das bedeutete für den Arbeiter eine große Gefahr. Die Arbeiter schlossen sich daher zu Gewerkschaften zusammen und konnten so dem Unternehmer wirksam gegenübertreten. Ihre Kampfmittel waren Streik und Boykott. Eine ähnliche Bewegung ging, wenn auch viel später und nicht in diesen Ausmaßen, bei den Angestellten vor sich.

Diese Erscheinung bedeutete den Anfang einer Bewegung, die immer mehr zunahm. Der Einzelne, besonders der wirtschaftlich Schwache, erblickte seinen wirklichen Schutz weniger in den gesetzlichen Vorschriften, als in der Solidarität, in der Vereinigung aller Gleichen zu gemeinschaftlichem Handeln. Die Individualinteressen treten hierbei zugunsten der Gesamtinteressen in den Hintergrund. Dadurch wird zwar der Einzelne benachteiligt, aber die Vorteile der Gesamtheit kommen ihm mittelbar um so mehr zugute. Demzufolge schlossen sich auch die Unternehmer zusammen. Man erkannte jedoch, daß die gegenseitigen Kampfmaßnahmen, Streik und Aussperrung, dem Einzelnen und damit der Gesamtheit auf die Dauer keinen Segen bringen konnten.

I.

Die Wirkung der Kollektivprinzips im allgemeinen.

§ 2.

Begriff und Bedeutung des Tarifvertrags.

In der Folgezeit wurden vertragliche Beziehungen zwischen den Verbänden angebahnt. Solche Verträge enthielten neben der Verpflichtung für beide Teile, die Kampfhandlungen zu unterlassen, Normen, die für die Arbeitsverträge zwischen den Mitgliedern der einen Partei und den Mitgliedern der anderen Partei Geltung haben sollten. Diese Verträge (Tarifverträge) entsprachen dem Bestreben der Arbeitnehmerpartei, indem sie sich in der Hauptsache auf den Lohn erstreckten, meist Mindestbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer enthielten und somit deren Existenz sicherten.

Der Tarifvertrag (TV.) kann nicht unter die üblichen schuldrechtlichen Verträge des bürgerlichen Rechts eingereiht werden. Er ist ein Vertrag zwischen einem Arbeitgeber oder einer Vereinigung von Arbeitgebern einerseits, und einer Vereinigung von Arbeitnehmern andererseits, der neben schuldrechtlichen Bindungen zwischen diesen Parteien (obligat. Teil) die Aufstellung von Normen für diejenigen Arbeitsverträge zum Gegenstande hat, die zwischen den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien abgeschlossen werden (normat. Teil).

Hinsichtlich der Beziehungen zwischen den TV.-Parteien fällt der TV. unter die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Schuldrechts. Die normativen Bestimmungen des TV. konnten bis vor dem Erlaß der TV.-Ordnung vom 23. 12. 1918 (VO.), abgesehen von der schuldrechtlichen zwischen den TV.-Parteien, kaum eine rechtliche Wirkung auf den Arbeitsvertrag der Mitglieder der TV.-Parteien auslösen. Die einzige Wirkung bestand lediglich darin, daß die Normen als für den Arbeitsvertrag vereinbart galten, solange die Einzelparteien nichts anderes vereinbarten.

Gerade durch den normativen Einfluß des TV. auf die Einzelverträge sollte der Schutz des Gesamtinteresses am meisten zur Geltung kommen. Es sollte verhindert werden, daß die Arbeiter durch Unterbietung sich gegenseitig benachteiligten, ferner daß der Arbeitgeber den Lohn nicht willkürlich festsetzte. Auf der anderen Seite sollte der Unternehmer vor solchen Konkurrenten beschützt werden, die billiger liefern konnten, weil sie geringere Löhne bezahlten.

§ 3.

Begriff der Unabdingbarkeit.

Die wirksamste Bindung, die der TV. auf den Einzelvertrag Dritter auszuüben imstande ist, ist die sog. Unabdingbarkeit (U.).

Die U. kann eine doppelte Wirkung haben. Sie kann die tarifwidrigen Arbeitsverträge nichtig machen. Dann entsprechen die für den Einzelvertrag geltenden Normen des Gesamtvertrags einer zwingenden Gesetzesvorschrift, bei der die U. dem § 134 BGB. gleicht. Es kann aber auch sein, daß der Einzelvertrag aufrecht erhalten bleibt, nur die dem Gesamtvertrage widersprechenden Bestimmungen unwirksam sind und an deren Stelle die entsprechenden Normen des Gesamtvertrages treten sollen. Nur von der U. in letzterem Sinne soll in dieser Abhandlung die Rede sein.

Es war bis 1918 durch keine Rechtsvorschrift die Möglichkeit bejaht, auf vertraglichem Wege eine absolute Rechtswirkung so zu erzeugen, daß Dritte unter gewissen Voraussetzungen unfähig sein sollten, einen Vertrag ihrem eigenen Willen gemäß im Rahmen der Gesetze inhaltlich beliebig zu gestalten. Vor Erlaß der VO. konnten infolgedessen die T.-Parteien, obwohl es erwünscht gewesen wäre, eine solche Wirkung auf den Einzelvertrag nicht ausüben. Allerdings hatte ein Teil der Wissenschaft für den früheren TV. die U. bejaht.[1]) Sie suchten sie nachzuweisen mit Hilfe der Analogie zwischen Arbeitsordnung und TV.[2]) mit Hilfe der Analogie zwischen § 399 BGB. („absolute Wirkung des Verbotes der Forderungsabtretung") und dem TV., ferner dadurch, daß der TV. als Vertrag zugunsten Dritter ausgelegt und die Abweichung von ihm zuungunsten des Arbeitnehmers als sittenwidrig angesehen wurde.[3]) Die herrschende Lehre verneint

[1]) Vgl. darüber Hueck, Recht d. TV, S. 94 ff.
[2]) Lotmar, Arbeitsvertrag, S. 785.
[3]) Vgl. Oertmann, Zur Lehre vom TV., Zeitschrift für Sozialwissenschaft, S. 22, Bd. 10.

mit Recht die U. für den früheren TV.[4]). Es hinderte also der TV. den einzelnen Arbeitgeber nicht im Arbeitsvertrage tarifwidrig von den Normen des TV. abzuweichen.

§ 4.

Die Bedeutung des § 1 der Tarifvertragsordnung im allgemeinen.

Durch die Entwicklung zum jetzigen Arbeitssystem bedurfte die Arbeit des staatl. Schutzes. Denn die Volkswirtschaft kann nur gedeihen, wenn die Arbeit und dadurch Leben und Gesundheit des Arbeiters geschützt werden. Die Arbeit darf als Volksgut grundsätzlich nicht entwertet werden. Daher muß der einzelne Arbeitnehmer vor seiner eigenen Vertragsfreiheit bewahrt werden, weil sie ihn infolge der wirtschaftlichen Uebermacht seines Vertragsgegners gefährdet. So sind dem Staate Richtlinien gegeben, in welcher Weise die Erhaltung der Arbeitskraft am besten gewährleistet ist. Für die von den Verbänden vereinbarten Gesamtverträge mußte die U. ausgesprochen werden. Der Einzelne sah ja in der Berücksichtigung des Gesamtinteresses seinen besten, wenn auch nur mittelbaren Schutz. Daher erließ der Staat die TVVO. vom 23. 12. 1918, deren grundlegenste Bestimmungen lauten:

§ 1. „Sind die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern durch schriftlichen Vertrag geregelt (Tarifvertrag), so sind Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen sind, oder soweit sie eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrage nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. An Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages.

Beteiligte Personen im Sinne des Abs. 1 sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Vertragsparteien des Tarifvertrages oder Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen sind oder bei Abschluß des Arbeitsvertrages gewesen sind oder die den Arbeitsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlossen haben."

[4]) Vgl. Prenner, Soz. Praxis, Bd. 13, S. 461.

In dieser Bestimmung ist also die U. der Tarifnormen ausgesprochen. Zugleich soll aber durch sie der TV. oder die Aenderung eines TV. den Inhalt eines bestehenden Arbeitsvertrags automatisch beeinflussen (automatische Wirkung). Die überwiegende Bedeutung in sozialer und rechtlicher Hinsicht kommt jedoch der U. zu.

Die Verordnung läßt die Tarifnormen, insoweit die sondervertraglichen Bestimmungen von diesen abweichen, an ihre Stelle treten. Das heißt demnach, die Tarifnormen werden zwingende Bestandteile des Einzelvertrages, als wenn sie durch die Einzelparteien vereinbart worden wären.[1]) Diese Ansicht ist allerdings im Zusammenhang mit dem Streit über die Nachwirkung der ausgelaufenen TV. vielfach bekämpft worden. Demzufolge seien die Tarifnormen Rechtsnormen, die den Arbeitsvertrag selbst nicht berühren und nur deshalb gelten, weil sie infolge des § 1 VO. zwingend geltendes Recht darstellen.[2]) Die herrschende Lehre und mit ihr das Reichsgericht[3]) bekämpfen diese Ansicht. Die bekämpfte Ansicht würde nämlich dazu führen, daß die durch Verbände vereinbarten Tarifnormen gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen könnten. Sie würden trotzdem für den Einzelarbeitsvertrag wirksam sein nach dem Grundsatze: das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf. In Wahrheit ist die Tarifnorm keine Rechtsnorm, ihr Merkmal ist immer noch die privatrechtliche Vereinbarung als solche, der durch Rechtssatzung eine außerordentliche Rechtsfolge unter gewissen Voraussetzungen zukommt. Hierdurch werden, und das ist das Wesentliche, einheitliche Vertragsgebilde für die Einzelpersonen erzeugt. Die Satzung von zwingenden Bestimmungen durch privatrechtliche Vereinbarung gewisser Gruppen nimmt in letzter Zeit an Bedeutung zu. So beruht die Regelung von Rechtsverhältnissen der Aerzte und Krankenkassen auf freier Vereinbarung, der der Staat zwingende Wirkung verleiht. Auch bei der Schaffung des Reichsmietengesetzes hat man anfangs daran gedacht, die Mietpreise durch die Mieter- und Hausbesitzerverbände auf vertraglichem Wege festlegen zu lassen. Keinesfalls ist aber in dieser Entwicklung wie behauptet wurde, ein Schwinden der staatl Macht zugunsten von Interessengruppen zu erblicken.[4]) Vielmehr sucht der Staat einen Ausgleich durch diese Regelung zwischen den einzelnen Wirtschaftsgruppen zu schaffen, weil die Mehrzahl aller Einzelverträge, die das Wirtschaftsleben und

---

[1]) Vgl. Hueck, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jahrg. 1926, Seite 153

[2]) So Oertmann, Schlichtungswesen 1924, S. 182

[3]) Vgl. JW., Bd. 1927, S. 241.

[4]) So Kaskel, Lehre vom Tarifbruch, Anm. 11, NZfAR., Jahrgang 1922.

damit die staatl. Entwicklung beeinflussen, nur mehr durch Verbände geregelt werden. Dies erklärt auch die Einrichtung von staatl. Schlichtungsstellen zur Unterbindung von Streit zwischen den Verbänden.

Da aber der Staat eine solche Rechtswirkung für die TV.e aussprach, so ist damit die Verantwortung für den Einzelnen den Verbänden übertragen. Doch unser Wirtschaftsleben ist überaus vielgestaltig. Eine gründliche Verallgemeinerung kann leicht zu bedeutenden Krisen führen. Dies mußte der Staat bedenken, wenn er nicht das Gesellschaftsleben, die wirtschaftliche Entwicklung hemmen, sich selbst Gefahren aussetzen wollte. Das war der Grund, den verschiedenen tariffähigen Verbänden in § 1 Abs. 1 Satz 2 VO. einen Spielraum zugunsten ihrer individuellen Vertragsfreiheit zu belassen um so den TV. in zweckentsprechender Weise zuschneiden zu können. Die TV.-Parteien können also die U., d. h. die Wirkung ihrer Vereinbarung einschränken und in den Grenzen der VO. ausdehnen.

Es wurde mehrfach gegen die VO. der Vorwurf erhoben, sie lasse zu sehr den sozialistischen Einfluß der damaligen Regierung erkennen, denn sie begünstige zu einseitig die Interessen der Arbeitnehmer, da die VO. Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers zulasse.[5]) Dieser Vorwurf ist jedoch unberechtigt. Nach der geschichtlichen Entwicklung des TV.s enthielt dieser meist die Tendenz, den Arbeitnehmern durch die Tarifnormen ein Existenzminimum zu sichern. Dies wurde darin teils ausdrücklich teils stillschweigend vereinbart. Dieser Umstand mußte in der VO. berücksichtigt werden, wenn sie praktische Bedeutung haben sollte.

[5]) Vgl. Baum, JW. 1919, S. 75.

II.

Grenzen der Unabdingbarkeit in Bezug auf die Personen des Arbeitsvertrags.

§ 5.

Die Personen des Arbeitsvertrags als Mitglieder der Tarifvertragsparteien.

Die U. des TV.s gilt nur für die beteiligten Personen. Zu den beteiligten Personen rechnet das Gesetz den Arbeitgeber, der eine Vertragspartei des TV.s oder der ein Mitglied der TV.-Partei ist, sowie den Arbeitnehmer, der Mitglied der entsprechenden T.-Partei ist. Schließen diese Personen einen Arbeitsvertrag, so gilt für diesen die U. des TV.s. Wenn dagegen nur eine von den Einzelvertragsparteien tarifvertragsunterworfen ist, gilt für diesen Vertrag die U. nicht.

Maßgebend für die in der VO. zur Geltung kommenden Rechtswirkung ist aber nicht der Vertragswille zwischen dem Mitglied und seinem Verbande, sondern die Tatsache der Mitgliedschaft überhaupt. Schließt daher das Mitglied mit seinem Verband eine Vereinbarung, wonach die von ihm geschlossenen Arbeitsverträge nicht der unabdingbaren und unmittelbaren Wirkung unterworfen sein sollen, so hat diese Vereinbarung auf den Arbeitsvertrag mit einem Mitglied der gegnerischen T.-Partei gar keine rechtliche Bedeutung, weil die zwingende Normenwirkung des TV.s dem Vertragswillen zwischen der T.-Partei und seinem Mitglied entzogen ist. Aber es wäre eine Ausnahme im Wege der schriftlichen Einwilligung der T.-Parteien möglich, daß Arbeitsverträge zwischen bestimmten Personen ausnahmsweise der zwingenden Rechtswirkung der VO. nicht unterworfen sein sollen. Dies wäre denkbar bei solchen Arbeitnehmern, die bei Aufrechterhaltung der Tariflöhne ihren Betrieb stillegen müßten. Diese Möglichkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 2 VO., weil hierdurch der individuellen Vertragsfreiheit der T.-Parteien, abgesehen von zwingenden Gesetzesvorschriften, keine Schranken gesetzt sind. Aber die T.-Parteien können mangels ge-

setzlicher Grundlage den persönlichen Geltungsbereich nicht über den Rahmen des § 1 VO. ausdehnen.[1]) Tun sie es trotzdem, so hat eine derartige Vereinbarung nur obligatorische Wirkung zwischen den TV.-Parteien und die Einzelparteien, die nicht unter § 1 VO. fallen, sind daran nicht gebunden.

Tritt ein Arbeitgeber dem entsprechenden Verbande bei, so wird der Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer, der Mitglied eines Arbeitnehmerverbandes ist, falls zwischen diesen und jenem Verbande ein TV. besteht, im Sinne des § 1 d. VO. beeinflußt. Diese Ansicht entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die automatische Einwirkung von TV.en auch auf bereits bestehende Arbeitsverträge. Der Austritt einer Einzelpartei aus ihrem Verband entzieht den bestehenden Arbeitsvertrag dank § 1 Abs. 2 VO. zunächst nicht der U. Ein Arbeitsvertrag aber, den das ausgeschiedene Mitglied neuerdings mit dem ursprünglichen Vertragsgegner abschließt, ist gemäß § 1 Abs. 2 der VO. der U. nicht mehr unterworfen. Diese Tatsache kann daher dazu führen, daß der Arbeitgeber in der Absicht, seine Arbeitsverträge der U. zu entziehen, aus seinem Verbande austritt, dem Arbeitnehmer kündigt und ihm einen neuen untertariflichen Arbeitsvertrag anbietet. Der Austritt aus dem Verband ist gültig, sofern er ernstlich geschieht, weil die Beziehungen zwischen Verband und seinen Mitgliedern rein privatrechtlicher Natur sind, die von der VO. nicht beeinflußt werden können. Doch die in der bezeichneten Absicht erfolgte Kündigung ist nichtig, mag sie auch formell in Ordnung ergangen sein, denn sie bedeutet eine unzulässige Umgehung des Gesetzes, somit einen Verstoß gegen § 134 BGB. Davon wird unten noch ausführlicher die Rede sein.[2])

Im Anschluß daran wäre noch die Frage zu erörtern, ob auch die zwingende Rechtswirkung wegfällt, wenn beim Wechsel des Betriebsinhabers der Nachfolger nicht mehr Mitglied der T.-Partei wird. Die Mitgliedschaft zum Verbande gehört nicht zu den Betriebsverbindlichkeiten im Sinne des § 25 Handelsgesetzbuch: „Dies folgert", schreibt Meissinger, „aus dem Umstand, daß die Zugehörigkeit zu einer Organisation als Ausfluß des (nach geltendem Rechte) persönlich wirkenden Koalitionsrechts sich auch nur Personen gegenüber rechtlich auswirken kann, auch wenn der Betrieb also solcher in der Mitgliedsliste (des Verbandes) geführt wird".[3]) Das Koalitionsrecht ist also immer auf das rein Persönliche abgestellt. War der Veräußerer Mitglied des Ar-

[1]) Unabdingbar kann dies nur der Reichsarbeitsminister durch Erklärung der allgemeinen Verbindlichkeit des TV.
[2]) Siehe unten S. 62.
[3]) Vgl Meissinger, NZfAG, Jahrg. 1924, S. 526.

beitgeberverbandes, so bleibt dessen Betrieb nur durch eine neue Erklärung des Erwerbes in der Verbandsmitgliedschaft.

Von einer anderen Seite aus betrachtet, ist zwar die Verbindlichkeit aus dem Arbeitsvertrage, soweit sie materieller Natur ist, Betriebsverbindlichkeit im Sinne des § 25 HGB.[4]) Trotzdem ist der bisher tarifunterworfene Arbeitsvertrag durch den Betriebserwerber abdingbar, wenn dieser nicht mehr Mitglied der entsprechenden Tarifvertragspartei ist. Die U. als solche ist ja keine Verpflichtung der Einzelparteien zueinander, sondern wie hervorgehoben, eine selbständige, außervertragliche durch Gesetz bedingte Wirkung. In der Anwendung dieses Gedankenganges ist auch die U. zu verneinen, wenn es sich um einen Werktarifvertrag (Firmentarifvertrag) handelt. Anderer Ansicht ist jedoch Meissinger.[5]) Daß allerdings die Erfüllung aus dem Werktarifvertrag d. h. dem Vertrag zwischen dem früheren Betriebsinhaber und der Werkvertretung als an den Betrieb geknüpfte Verbindlichkeit im Sinne des § 25 HGB. zu betrachten ist, hat seine Richtigkeit.[6]) Aber Meissinger verkennt den Unterschied zwischen obligatorischer und absoluter Wirkung. Die U. ist ebensowenig eine Verbindlichkeit des Werktarifvertrags wie des Arbeitsvertrages. Der Arbeitsvertrag, der vom neuen Erwerber untertariflich abgeschlossen oder abgeändert wird, wird also nicht mehr durch die U. des Werktarifvertrages beeinflußt. Doch kann die Werkvertretung die Umänderung solcher Arbeitsverträge auf den tarifmäßigen Inhalt auf Grund des § 25 HGB. verlangen.

§ 6.

Freiwillige Unterwerfung der Arbeitsvertragsparteien.

Als Beteiligte im Sinne der VO. gelten auch Personen (gewöhnlich Außenseiter), die einen Arbeitsvertrag unter Berufung auf den TV. abschließen. Die herrschende Meinung verneint hier die U. Wenn die Parteien durch ihren Willen dem Arbeitsvertrag tarifmäßigen Inhalt geben können, so sei nicht ersichtlich, warum derselbe Vertrag einer folgenden Abänderung entzogen sein solle. Die Parteien könnten ihren Arbeitsvertrag gestalten wie sie wollen und wenn der Arbeitsvertrag nur teilweise den Tarifbestimmungen angepaßt sei, so müsse der Vertrag auch gelten wie er vereinbart sei. Eine Beschränkung der Vertragsfreiheit der Einzelparteien durch eigenen Willen sei in dieser gesetzlichen Bestimmung

[4]) Vgl. Staub, Kommentar, § 22, Anm. 29.
[5]) Vgl. NZfAR, Jahrg. 1924, S. 524.
[6]) Vgl. Staub, Kommentar, § 22 Anm. 29.

nicht erkennbar und auch nicht möglich. Sie bedeute nur eine Bestätigung des bisherigen Zustandes.[1])

Aber als solche kann sie in diesem Zusammenhange nicht gewollt sein. Sie drückt mehr aus. Die Tarifverordnung hat die Neigung zur Ausdehnung. Dem Tarifvertrage sollen möglichst viele unterworfen sein, wenigstens die gewillt sind, sich ihm freiwillig zu unterwerfen und ihn in dieser Weise anerkennen. Die U. bei Arbeitsverträgen von Außenseitern wird hier bejaht, weil es der Wortlaut des § 1 Verordnung verlangt. Allerdings muß der Abschluß unter Berufung auf den Tarifvertrag eindeutig geschehen. Ein Anerkenntnis des TV., soweit ein Abschluß unter Berufung auf den TV. erfolgt ist, liegt nicht darin, daß die Parteien nur einzelne Punkte des TV.s zum Vertragsinhalt machen. Wie den Mitgliedern der T.-Parteien erst durch den gültigen Arbeitsvertrag ihr willkürliches Gestaltungsrecht an den Arbeitsbedingungen entzogen wird, so wird dieses den Außenseitern ebenfalls entzogen, sobald sie den Arbeitsvertrag unter Berufung auf den TV. abschließen.[2]) Während jedoch die einen dem TV. unterworfen sind, da sie Mitglieder der TV.-Parteien sind, sind die anderen ihm unterworfen, da sie den Vertrag unter Berufung auf den TV. abgeschlossen haben. Sie können deshalb den Vertrag nachträglich nicht tarifwidrig abändern. Dadurch treten sie zu den T.-Parteien selbst in keinerlei Beziehung. Wenn daher der TV. abgeändert oder aufgehoben wird, so fällt mangels gesetzlicher Voraussetzung die U. fort. Dem neuen TV. sind diese Außenseiter nicht mehr unterworfen.

Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, wenn sie auch praktisch sehr gering ist, daß der Arbeitgeber bezw. der Arbeitnehmer oft nur aus politischen oder persönlichen Gründen eine Abneigung vor dem Beitritte zum Verbande hat. Es sollen ihm dann trotzdem die rechtlichen Vorteile des TV. zukommen.

[1]) Vgl. Hueck, R. d. TV., S. 103; Sitzler, Tarifrecht, § 1 Anm. 6 c

[2]) Zustimmend Erdel, NZfAR., Jahrg. 1922, Zwangsverbindlichkeit von TV., S. 79.

III.

Grenzen in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsvertrages.

§ 7.

Arbeitsbedingungen.

Die VO. sucht das Arbeitsverhältnis des Arbeiters zu schützen. Für die U. ist daher der Inhalt des Arbeitsvertrages Ziel und zugleich Grenze. Sind nach der VO. „die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen" durch TV. geregelt, „so sind die Arbeitsverträge insoweit unwirksam als sie von der tariflichen Regelung abweichen".

Wir müssen jedoch von zweierlei Gesichtspunkten ausgehen.

Einmal von dem Willen der TV.-Parteien. Es ist nämlich zu prüfen, ob die TV.-Parteien die fraglichen Bestimmungen überhaupt als Normen gelten lassen wollen. Das scheint zunächst ein Widerspruch gegen den Wortlaut der VO. zu sein, wenn man bedenkt, daß hiernach die U. an die Tatsache geknüpft ist, daß die im TV. geregelten Vorschriften eben Arbeitsbedingungen sind. Weil aber nach dem Wortlaut der VO. die U. durch TV. auch beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, darum hängt es von dem Willen der TV.-Parteien ab, welche Wirkungen sie ihren Vereinbarungen jeweils zukommen lassen wollen. Es handelt sich also praktisch um die Frage, soll nach dem Willen der T.-Parteien die einzelne Bestimmung nur obligatorische Wirkung oder auch normative für den Einzelvertrag haben. Man wird dabei auf den TV. selbst zurückgehen müssen um den Vertrag, d. h. den Parteiwillen so auszulegen, wie es „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern". So ist eine im TV. vorgesehene Schiedsklausel nach dem durch die TV.-Parteien verfolgten Zweck zu beurteilen. Sollen durch sie Gesamtstreitigkeiten zwischen Unternehmer und Betriebsvertretung an Stelle der gesetzlichen Schlichtungsstellen in anderer Weise geregelt werden, so hat sie nur

obligatorische Wirkung. Wenn jedoch die Schiedsklausel Streitigkeiten nur zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrifft, so greift sie in den Einzelvertrag ein. Freilich entspricht es meist dem Willen der TV.-Parteien, daß ihren Vereinbarungen eine erfolgreiche zweckmäßige Wirkung zukommt. Das Verbot der Konkurrenzklausel hat zwar immer obligatorische Bedeutung für die TV.-Parteien selbst. Es geht aber auch in den Einzelvertrag über und bewirkt Nichtigkeit einer entgegenstehenden Vereinbarung.[1]) Sehr häufig wird die Konkurrenzklausel im TV.e positiv geregelt. Nach Hueck ist die in § 74 Abs. I HGB. für ihre Gültigkeit vorgeschriebene Schriftform durch die Schriftlichkeit des TV.s gewahrt, der nur noch die Aushändigung des schriftlichen Wortlautes der Konkurrenzklausel an den Angestellten zu folgen habe.[2])

Von weiterer Bedeutung ist, ob die Bestimmungen auch fähig sind in den Einzelarbeitsvertrag einzugehen. Berührt die Norm als Inhalt des Arbeitsvertrages das Verhältnis der Einzelparteien zueinander nicht, so ist für sie auch kein Raum im Arbeitsvertrag. Sie kann daher durch die U. nicht beeinflußt werden. Außerdem muß die Bestimmung rechtlich auch Inhalt des Arbeitsvertrages werden können. Würde sie als unabdingbare Tarifvereinbarung Nichtigkeit des Arbeitsvertrages überhaupt hervorrufen, dann kann sie rechtlich nicht Inhalt des Arbeitsvertrages werden. Sie ist dann keine Tarifnorm, denn nur für diese gilt die U. Solange also eine Bestimmung nicht Inhalt des Einzelvertrages werden kann, hat eine Zuwiderhandlung für die Einzelparteien unmittelbar keine Folgen. Sieht demnach ein TV. das Verbot der Frauen- und Kinderarbeit vor, so kann dieses nicht in den Arbeitsvertrag eingreifen, weil die Einzelparteien durch diese Vorschrift selbst nicht berührt werden. Und ein Arbeitsvertrag, der trotz dieses Verbotes mit einer Frau abgeschlossen wird, die Mitglied der TV.-Partei ist, ist wirksam, denn die Anwendung der Verbotsbestimmung würde hier die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages überhaupt herbeiführen. Ein Tarifgebot, bei der Anstellung von Arbeitern die vorgesehenen Arbeitsnachweisstellen zu benützen, ist daher keine Arbeitsbedingung im Sinne der VO. Auch eine Tarifvorschrift, die für die Arbeitsverträge Schriftform vorsieht, wird nicht Inhalt des Arbeitsvertrages. Sonst wäre ein mündlich geschlossener Arbeitsvertrag, falls der Arbeitnehmer Mitglied der TV.-Partei ist, nichtig.[3]) Das würde aber gegen den Sinn

[1]) Vgl. Potthof, Arbeitsrecht, Jahrg. 1921, S. 109 „Tarifvertrag und Konkurrenzklausel".

[2]) Vgl. Hueck. Zentralblatt für Handelsrecht, Jahrgang 1928, 2. Heft.

[3]) Anders Kaskel, Zur Lehre vom Tarifbruch, Anm. 10, NZfAR. 1922, S. 401

der VO. verstoßen, ganz abgesehen davon, daß dies die TV.-Parteien meist gar nicht wollten.

Man darf jedoch nicht ohne weiteres annehmen, daß Arbeitsbedingungen, die in der Hauptsache für die Gesamtarbeiterschaft eines Betriebes gelten sollen, nicht in den Einzelvertrag eingehen. Sieht nämlich ein TV. die Errichtung von Waschgelegenheiten, Ankleideräumen u. a. zugunsten der Arbeitnehmer in den Fabrikräumen vor, so gehören solche Bestimmungen auch in den Einzelvertrag, weil gerade der Einzelne ein Interesse daran hat. Dem steht nicht entgegen, daß daneben die Betriebsvertretung die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten vom Arbeitgeber fordern kann.

§ 8.

Die Betriebsvereinbarung als Arbeitsbedingung.

Die kollektive Regelung des Arbeitsverhältnisses verschob sich in den letzten Jahren zugunsten der Betriebsvereinbarung. Sie wurde hauptsächlich von Arbeitgeberseite begünstigt, weil sie dem dringenden Bedürfnis nachkam, sich den individuellen Verhältnissen des Betriebs anzupassen, und damit Geschäftsgang und Produktion begünstigte. Sie wird bekämpft von den Gewerkschaften.[1]) Man erblickt darin eine Unterhöhlung des TV.s., sie fühlen ein Schwinden ihrer Macht, da sie die Arbeitsverträge dadurch nicht mehr so schematisch regeln können. Solange aber die Gewerkschaften sich nicht bereit erklären wollen, die Normen der TV. durch gemeinsame Aufstellung von Tarifvertragsschiedsstellen anpassungsfähiger zu gestalten, ist die Betriebsvereinbarung vom Standpunkt der Wirtschaft und auch der Arbeitnehmer nur zu begrüßen. Freilich bildet die Betriebsvereinbarung, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu fehlen, keinen genügenden Gegenpol zur Schematisierung des TV.

Unter Betriebsvereinbarung versteht man die zwischen der gesetzlichen Betriebsvertretung und dem Arbeitgeber geschlossene Vereinbarung, die den Arbeitnehmern des Betriebs und dem Arbeitgeber gegenüber unmittelbar wirken. Manche fassen den Begriff der Betriebsvereinbarung zu eng, manche zu weit.[2])

Es ist mehrfach der Versuch gemacht worden, der Betriebsvereinbarung analog dem TV. unabdingbare Wirkung

[1]) Vgl. Nörpel, SchlW. 1925, S. 119.
[2]) Vgl. Jakobi, Grundriß des Arbeitsrechts.

beizulegen.[3]) Indessen bildet die Gesamtarbeitnehmerschaft eines Betriebes, vertreten durch den Betriebsrat, keine Vereinigung von Arbeitnehmern im Sinne § 1 der VO. Die gemeinschaftliche Willensbildung der betriebsangehörigen Arbeitnehmer bei Ausübung ihres Wahlrechtes genügt noch nicht, um in der Betriebsvertretung das Organ einer „Vereinigung" von Arbeitnehmern gem. § 1 VO. zu erblicken.[4]) Denn die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zur Betriebsarbeitnehmerschaft wird nicht dadurch begründet, daß er zu dieser in vertragliche Beziehung tritt, sondern kraft Gesetzes dadurch, daß er zum Arbeitgeber in ein Vertragsverhältnis tritt. Die gewählte Betriebsvertretung leitet ihre Rechte aus den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere aus dem Betriebsrätegesetz her. Sie hat die Aufgabe und die Befugnis, durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber für den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bindende Normen aufzustellen. Für die Entscheidung unserer Frage bedarf es keiner weiteren Untersuchung darüber, ob und in welcher Weise zwischen den BV.-Parteien obligatorische Wirkungen ausgelöst werden; die durch BV. aufgestellten Normen gelten als Inhaltsbestimmung des Einzelarbeitsvertrages, soweit sie dazu fähig sind. Dies ist auch die herrschende Meinung. Es soll im Rahmen dieser Abhandlung nur von den Betriebsvereinbarungen die Rede sein, die in den Einzelarbeitsvertrag eingehen können.

Die Normen der BV. gelten für den Arbeitsvertrag unmittelbar, wenn es sich um die in der GewO. geregelten Arbeitsordnungen handelt.[5]) Im übrigen werden die Normen der BV. Inhalt des Arbeitsvertrages kraft stillschweigender oder ausdrücklicher Zustimmung der Einzelparteien.[6]) Die BV. ist mit Ausnahme der Kündigungs- und Strafbestimmungen abdingbar, weil für die übrigen Bestimmungen die gesetzlichen Voraussetzungen für die U. fehlen.

Wenn nun die Betriebsvereinbarung mit dem geltenden TV. in Widerspruch steht, so lehnt die herrschende Meinung grundsätzlich die Gültigkeit der Betriebsvereinbarung ab. Dies wird einerseits damit begründet, daß der TV. nach Bedeutung und Wirkungskreis der Betriebsvereinbarung vorgeht.[7]) Der TV. beseitigt demnach eine entgegenstehende Betriebsvereinbarung. Anderseits habe aber die Betriebsvertretung auch keine Befugnis zum Abschluß der BV. mit Rücksicht auf Betr.-Räteges. § 66, 75, 788.[8]) Der Beschluß hätte

[3]) Flatow, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung.
[2]) Anders Opitz, Arbeitsrecht, Jg. 1925, S. 427
[5]) Vgl. § 134c Abs. 1 GewO.
[4]) Zustimmend Nörpel, SchlW. 1925, S. 25.
[7]) Flatow, Betr.V. u. ArbO.
[8]) Joachim-Flatow, Komm. z. Betr.RG., S 24.

also gar keine rechtliche Wirksamkeit. Dem ersteren ist allerdings zuzustimmen. Die Betriebsvereinbarung gilt nicht, soweit der Einzelvertrag gem. § 1 VO. durch einen bestehenden TV. unwirksam ist. Doch das Betr.-Räteges. stellt nicht einen eng begrenzten Wirkungskreis auf, innerhalb dessen nur die Betriebsvertretung zu handeln berechtigt ist. Sie bietet dieser nur Richtlinien, soweit die Betriebsvertretung zu wirken verpflichtet ist. Deshalb spricht das Betr.-Räteges. auch von „Aufgaben", die die Betriebsvertretung zu erfüllen hat. Wenn Dersch [9]) mit der Aufgabe der Betriebsvertretung zugleich ihre Befugnis begrenzt haben will, so beschränkt er damit die praktische Bedeutung der Betriebsvertretung. Ihr Zweck ist doch die individuellen Betriebsinteressen überhaupt zu regeln. Dies soll allerdings „im Rahmen des geltenden TV.s" geschehen. Aber es wird sich zeigen, daß nach dem Wortlaut des Betr.-Räteges. die herrschende Meinung die grundsätzliche Unzulässigkeit der vom TV. abweichenden Betriebsvereinbarung nicht verteidigen kann. Zwar ist eine Betriebsvereinbarung, die in den Einzelarbeitsvertrag eingreift, infolge von § 1 VO. an sich unwirksam, wenn sie vom TV.e abweicht. Der TV. ist aber zugunsten des Arbeitnehmers abdingbar, sofern sich aus dem TV. Gegenteiliges nicht ergibt. Das Gesetz ging dabei von dem Grundgedanken aus, daß die TV. in der Regel nur Mindestbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer enthalten. Eine Besserstellung durch Einzelvertrag geschieht also im Rahmen des TV.s. Bedeutet daher die Betriebsvereinbarung eine Besserstellung für den Arbeitnehmer, so hat die Betriebsvertretung, die bei der Betriebsvereinbarung mitgewirkt hat, keinesfalls im Widerspruch mit dem TV. gehandelt. Es kann aber die Gültigkeit der Betriebsvereinbarung nicht verneint werden mit der Begründung, daß diese Abdingung nur im Verhältnis zwischen TV. und Einzelarbeitsvertrag zulässig sei; denn wir haben gesehen, die Betriebsvereinbarung wird Inhalt des Arbeitsvertrags, soweit sie dazu fähig ist.

Nach dem Wortlaut ist es nur § 78 Ziff. 2 Betr.-Räteges., der jegliche Abweichung vom TV. durch Betriebsvereinbarung als unzulässig erscheinen läßt, wenn man mit Dersch in dem Aufgabenkreis der Betriebsvertretung nach dem genauen Wortlaut des Betr.-Räteges. auch die Grenzen ihrer Befugnis erblicken wollte. § 78 Ziff. 2 lautet: Die Betriebsvertretung „hat die Aufgabe, soweit eine tarifvertragliche Regelung nicht besteht, im Benehmen mit den beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitnehmer bei der Regelung der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse mitzuwirken . . . . . ." Aber dieser Hinweis („im Benehmen mit

[9]) Dersch, Komm. z. Betr.RG., S. 148.

den Vereinigungen die Betriebsvereinbarung vorzunehmen") läßt uns die Bedeutung dieser Vorschrift erkennen. Sie will nur sagen: „Wenn keine tarifliche Regelung besteht, dann soll die Betriebsvertretung bei einer bevorstehenden Betriebsvereinbarung mit den Gewerkschaften in Beziehung treten". Dies ist nicht notwendig, wenn bereits ein TV. gilt, weil dann die Betriebsvertretung in diesem eine Richtlinie hat. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist für den tarifunterworfenen Arbeitsvertrag die Betriebsvereinbarung nur dann unwirksam, wenn sie im Verhältnis zum TV. dem Arbeitnehmer keine Besserung bringt.[10]) Die gegenteilige Ansicht würde zu einem ganz unerquicklichen Ergebnis führen, in dem Augenblicke, wo zwei verschiedene TV. für den Betrieb gleich bedeutsam wären. Was in dem einen oder anderen TV. enthalten ist, könnte nicht mehr durch Betriebsvereinbarung ergänzt werden, so daß insofern für die einzelnen Arbeiter Verschiedenes gelten würde. Aber der Zweck der Betriebsvertretung, die Betriebsverhältnisse für alle Arebiter einheitlich zu regeln, wäre damit illusorisch. Es muß also trotz zweier TV. möglich sein, einheitliche Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer herbeizuführen, aber es ist einfacher, statt durch Einzelverträge die Arbeitsverträge in diesem Sinne umzuändern, daß dies die Betriebsvertretung in die Hand nimmt, indem sie mit dem Arbeitgeber für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer allgemein wirksame Normen aufstellt. Dies entspricht auch mehr dem Betr.-Räteges.

Eine Unterabteilung der Betriebsvereinbarung ist die Arbeitsordnung. Sie muß aufgestellt werden in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitern und gilt nur für diese. Erlaß und Inhalt der ArbO. sind geregelt in der GewO. und im Betriebsrätegesetz. Ihre Rechtsnatur war früher sehr bestritten. Die Ansicht neigt heute überwiegend dahin, daß in der ArbO. mit Rücksicht auf das Mitwirkungsrecht der Betriebsvertretung bei ihrem Erlaß und auf § 134c Abs. 1 GewO. ein autonomes, ohne Zustimmung des Arbeiters geltendes Recht zu erblicken ist (Gesetzestheorie).[11]) Diese Theorie steht aber mit der oben erläuterten Ansicht, daß die Betriebsvereinbarung im allgemeinen in den Einzelvertrag als sein Bestandteil eingreift, nicht in Widerspruch. Die ArbO. ist eine autonome Satzungsgesamtheit, für die der Wortlaut des § 134c Abs. 1 GewO. ihre Wirksamkeit unmittelbar für die Arbeitnehmerschaft und den Arbeitgeber ausspricht. Sie berücksichtigt nicht die Beziehung des einzelnen Arbeiters zum Arbeitgeber durch Arbeitsvertrag. An sich wird die ArbO.

[10]) Vgl. Hueck, NZfAR. 1926, S. 403; Jakobi, Grundriß des AR., S. 345; Landmann, Komm zur GO. § 134a Anm 1b.

[11]) Vgl. Landmann, Komm. § 134a 1b; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht.

dem Arbeitsvertrag regelmäßig derart zugrunde gelegt, daß eine Verletzung der ArbO. als Verletzung des Arbeitsvertrags gilt. Sie ist also Inhalt des Einzelvertrags, denn mangels gesetzlicher Bestimmung können die Einzelparteien mit Ausnahmen von Kündigungs- und Strafbestimmungen nach § 134c Abs. 2 GewO. durch Vertrag von der ArbO. abweichen.[12]) Nachdem nun die Arbeitsordnung auch als Inhalt des Arbeitsvertrags gilt, versagt auch der Einwand, daß die Abweichung vom TV. zugunsten des Arbeitnehmers nur im Verhältnis zum Einzelvertrag, nicht aber zur ArbO. zulässig ist. Das führt uns auch zu folgendem Ergebnis: Kündigungsgründe und Strafen, die durch TV. vereinbart sind und von der ArbO. abweichen, sind trotz der U. gemäß § 134c Abs. 2 GewO. nichtig. Dagegen wurde zwar ins Feld geführt, die VO. gehe als später erlassenes Gesetz dem früheren vor und setze daher § 134c Abs. 2 GewO. außer Kraft.[13]) Das ist jedoch nicht zutreffend. Dadurch könnten ja die TV.-Parteien durch jede unsinnige Vereinbarung als Arbeitsnorm jede Gesetzesvorschrift beseitigen. Es ist doch bei dem TV. der Vertrag, nicht die VO. als solche, was gegen 134c Abs. 2 GewO. verstößt, wenn der TV. andere Kündigungsgründe und Strafen vorsieht. Kraft der unmittelbaren und unabdingbaren Wirkung soll eine solche Norm in den Einzelvertrag eingehen. Aber insoweit verstößt sie eben gegen 134c Abs. 2 GewO. Als Vertragsbestimmung des TV. ist sie freilich gültig. In diesem Sinne kann sie nur als Norm für die ArbO. gewertet werden, die erst dann in diese eingeht, wenn die vom Arbeitgeber im Verein mit der Betriebsvertretung abgeändert wird.

Der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes ist die Möglichkeit nicht verwehrt, sich zu einer Vereinigung auf eine gewisse Dauer zusammenzuschließen, als ihre Vertreter die gesetzliche Betriebsvertretung oder andere zu bestimmen, die mit dem Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen kollektiv regeln. Man kann darin eine Vereinigung von Arbeitnehmern im Sinne des § 1 VO. erblicken und ein solcher „Firmentarifvertrag" ist, wenn er Schriftform besitzt, unabdingbar. Es kommt jedoch immer auf die Umstände an, ob eine solche Vereinigung im Einzelfalle tariffähig ist. Auch ist ein solcher TV. nur hinsichtlich der Mitglieder unabdingbar, nicht aber hinsichtlich der betriebsangehörigen Arbeitnehmer an sich. Für die nicht tarifunterworfenen Arbeitnehmer kann er nur die Wirkung einer Betriebsvereinbarung haben.

[12]) Zustimmend Sinzheimer, der korporative Arbeitsnormenvertrag, II. Teil, S. 86.
[13]) Vgl. Oertmann, Gew.- u Kaufm.Ger., Bd. 26, S. 49.

IV.

Grenzen der Unabdingbarkeit durch Vereinbarung der Tarifvertragsparteien.

§ 9.

Die Befugnis der TV.-Parteien in Bezug auf die Unabdingbarkeit im allgemeinen.

Die U. gilt für tarifunterworfene Arbeitsvertäge nicht unbedingt. Vom TV. abweichende Vereinbarungen sind wirksam, soweit sie durch TV. zugelassen sind und soweit sie eine Aenderung des Arbeitsvertrages zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und dies nicht ausdrücklich durch TV. ausgeschlossen ist. Von der Literatur wurden diese beiden Möglichkeiten als Ausnahmen von der U. bezeichnet.[1]) Dies ist aber unzutreffend, vielmehr hat die U. abgesehen von dem oben besprochenen Personenkreis ihre Grenzen nur in dem durch den TV. geäußerten Willen der TV.-Parteien. Wenn nämlich der TV. durch sog. „Zulassungsnorm" eine Abweichung gestattet, so bewegen sich die scheinbar abweichenden Einzelverträge durchaus im Rahmen der TV.-Normen. § 1 VO. Abs. 1 Satz 2 bedeutet keine Ausnahme von der U., sondern lediglich eine Klarstellung des Grundgedankens der individuellen Vertragsfreiheit der TV.-Parteien.

Dem widerspricht auch nicht, daß eine Abweichung vom TV. grundsätzlich wirksam ist. In der VO. ist eben der ursprüngliche Charakter des TV. berücksichtigt, der in den Tarifnormen nur Mindestforderungen für den Arbeitnehmer sieht. Schließen demnach die Verbände einen TV., so wissen sie, daß infolge der Rechtswirkungen der TV. ihre Bestimmungen auch heute noch als Mindestnormen gelten. Wollen sie das nicht, dann müssen sie etwas anderes vereinbaren; das kann aber nicht stillschweigend, sondern muß infolge der Formvorschrift schriftlich und ausdrücklich geschehen. Tun sie das nicht, so haben sie die Tarifnormen als Mindestbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers gewollt.

[1]) So Hueck, TR., S. 60.

Es kann also in der Erweiterung der vertraglichen Freiheit der Einzelparteien nach abwärts oder in der Beschränkung ihrer vertraglichen Freiheit nach aufwärts durch TV. nur praktisch eine Beschränkung bezw. eine Erweiterung der U. erblickt werden. Dies geschieht in der Regel durch die sog. Ausschluß- oder Zulassungsnormen,[2]) welche als Bestandteile des normalen Teiles in den Arbeitsvertrag eingehen. Die U. kann aber durch TV. nur ausgedehnt werden auf Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers, weil darüber hinaus für eine Erweiterung der U. die gesetzlichen Grundlagen fehlen.

Daß die U. und mit ihr die unmittelbare Wirkung oft nur auf Arbeitsverträge einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern erstreckt werden kann (beruflicher Geltungsbereich), sei es, daß diese Personen nach ihrer Tätigkeit, sei es, daß sie nach ihrer Ausbildung unter die entsprechenden Normen des TV. fallen, ist auch nur eine Folge der tarifvertraglichen Freiheit in der Einschränkung der U. Das übersehen verschiedene Autoren und kommen daher nicht immer zu dem Schlusse, daß es der Wille der TV.-Parteien ist, der über die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem beruflichen Geltungsbereich entscheidet. Es ist daher nicht maßgebend, welche Berufskreise die betr. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände in der Hauptsache umfassen. Freilich Schwierigkeiten verursacht oft die Abgrenzung von allgemein verbindlich erklärten TV.en, wenn es sich um fachliche Arbeitnehmer handelt, die ihre Berufstätigkeit in einem andersfachlichen Betriebe ausüben.

Nicht anders verhält es sich mit dem sog. räumlichen Geltungsbereich. Meist wird ja die Geltung der TV. nach Gebiet ausdrücklich begrenzt sein. Aber eine stillschweigende Vereinbarung oder eine Vermutung für sie genügt nicht, um eine räumliche Beschränkung des TV. anzunehmen.

Die zeitliche Geltung beruht auf der Dauer des TV. selbst. Läuft der TV. infolge Zeitablaufs oder Kündigung ab, so hört auch seine Rechtswirkung für den betr. Arbeitsvertrag auf. Daran ändert auch eine etwaige Vereinbarung nichts, die die U. über die Dauer des TV. hinaus festlegen will. Dagegen bejaht die herrschende Meinung die zwingende Rechtswirkung bei solchen TV.-Bestimmungen, die für die Vergangenheit gelten sollen.[3]) Dies bezieht sich meist auf die Nachforderung von Arbeitslöhnen. Selbstverständlich kann eine solche Rückwirkung des TV., der die Löhne für die Vergan-

[2]) So Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, S. 4.

[3]) Vgl. Meissinger, NZfAR 1921, S. 136, Fernwirkung der TV. durch Allgemeinverbindlichkeit; a. M. jedoch Hueck, der die A. für rückwirkende Tarifnormen ablehnt, Gew.- u Kaufm.Ger. 1920, Nr. 11.

genheit erhöht, nur damit begründet werden, daß diese nachträgliche Aenderung ein Zusatzabkommen zu dem ursprünglichen TV. darstellt. Daraus ergibt sich, einem TV. kann keinesfalls auf die Zeit vor seiner Entstehung unabdingbare Wirkung verliehen werden. Betrifft aber die Rückwirkung nur eine nachträgliche Aenderung des ursprünglichen TV., so kommen ihr die Rechtsfolgen des TV. selbst zugute.

Hinzuweisen wäre noch auf die Tatsache, daß die Praxis die Verbindlichkeitserklärung und damit die U. des TV. durch den Reichsarbeitsminister rückwirkend sogar auf den Zeitraum vor Entstehung des TV. für möglich hält.

Abweichungen könnten auch hinsichtlich eines bestimmten Arbeitnehmers oder Arbeitgebers durch TV. zugelassen oder ausgeschlossen werden. Die VO. verbietet das nicht. Eine ausnahmsweise erlaubte Abweichung nach unten mag in besonderen Fällen sogar erwünscht sein, wenn man bedenkt, daß sie schwächlichen Arbeitnehmern zugute kommt, da dem Unternehmer gewöhnlich schon Durchschnittsarbeiter für Mindestlöhne Arbeit leisten. Das Errichten von Tarifämtern durch die TV.-Parteien, denen die Befugnis zugesprochen wird, im Einzelfalle die Abweichung vom TV. zu gestatten, mag die nötige Anpassungsfähigkeit dem TV. verleihen.

Die Freiheit der TV.-Parteien die U. durch den Vertrag entsprechend der VO. auszudehnen oder überhaupt beliebig einzuschränken ist daher, wie es zwar nach dem Wortlaut scheint, keine Durchbrechung der Idee des unabdingbaren Gesamtvertrags.

§ 10.

Die Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers.

Die Tarifnormen gelten mangels einer gegenteiligen Abrede der TV.-Parteien als Mindestbedingungen, auch wenn dies nicht ausdrücklich im TV. hervorgehoben ist. Im übrigen sind Abweichungen, bei denen sich nicht genau entscheiden läßt, ob sie dem Arbeitnehmer im Verhältnis zum TV. Vorteile bieten, nach dem Wortlaut der VO. grundsätzlich unwirksam.[1]) Aber die Frage, in welchem Sinne „die Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers auszulegen und nach welchen Tatsachen sie praktisch zu beurteilen ist, bietet große Schwierigkeiten. Für die Auslegung

[1]) So Oertmann, Arbeitsvertragsrecht; Hueck, Recht des TV., S. 123.

des § 1 I Satz 1 VO. („Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers") stellt Hueck folgende Grundsätze auf: [2])

„Ist durch Sondervereinbarung vom TV. abgewichen worden, so ist zu beachten, ob hierdurch das Interesse der am TV. beteiligten Gesamtarbeitnehmerschaft verletzt wird. Hueck stützt seine Ansicht auf den Charakter des TV. als Gesamtvereinbarung. Wenn auch der Arbeitnehmer in einer Abdingung, z. B. in der Lohnreduzierung einen Vorteil deshalb erblickt, weil er sonst nur Arbeitslosenunterstützung erhalten würde, so ist trotzdem diese solange unwirksam, als hierdurch das durch TV. geschützte Interesse der Gesamtarbeitnehmerschaft beeinträchtigt würde. Denn es würde allgemein das Unabdingbarkeitsprinzip durchbrochen werden, wenn eine größere Anzahl so handeln würde. Wenngleich § 1 S. 2 VO. ihrem Wesen nach die Individualvereinbarung betreffe, so sei dies eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der U., die dort ihre Grenze finde, wo der durch die U. erstrebte Zweck (nämlich Schutz des Gesamtinteresses) vereitelt werde. Sollte aber nur das Einzelinteresse für die Auslegung des §1 Abs. 1 Satz 2 VO. gelten, dann müßte eben eine tarifwidrige Lohnreduzierung, wenn der Arbeitnehmer andernfalls ohne Arbeit wäre, als Aenderung zugunsten des Arbeitnehmers wirksam sein. Dies sei zwar nur ein mittelbarer Vorteil, aber es sei auch kein Grund mit Nipperdey nur die unmittelbar den Arbeitnehmer begünstigenden Bedingungen als rechtswirksam gelten zu lassen.[3]) Versagt aber die Entscheidung nach obigen Grundsätzen, so will Hueck die Ansicht der betr. Gesamtarbeitnehmerschaft oder die des betroffenen Arbeitnehmers als maßgebend für die Wirksamkeit der Abweichung halten. Erst wenn dieser Weg versagt, soll die Abweichung unwirksam sein. Das Reichsgericht hat, soweit es sich um die objektive Wertung des Günstigkeitsprinzips handelt, eine ähnliche Ansicht über die Auslegung des § 1 I 2 VO. In dem Urteil vom 27. XI. 25 heißt es: [4]) „Nicht zu beanstanden ist die Erwägung, daß für die Entscheidung, ob eine Aenderung des TV. dem Arbeitnehmer zum Vorteil gereicht, nicht nur (!) dessen Einzelinteresse, sondern vor allem das Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft maßgebend sei".

Ich schließe mich der Auffassung Nipperdeys an, der nicht die Beachtung des Wohles der am TV. beteiligten Gesamtarbeitnehmerschaft für entscheidend hält, sondern einzig und allein das Interesse des betroffenen Arbeitnehmers.[5])

[2]) Recht des TV.
[3]) Hueck. SchlW. 1924, S. 184
[4]) JW., Jahrg. 1927, S. 241.
[5]) Nipperdey Beitr. z. JR., S. 9. Jakobi Grundriß des AR., S. 220 ff., Nipperdey: Rechtsprechung des Reichsgerichts, S. 25 ff., NZfAR 1926.

Es ist vor allem der Wortlaut des § 1 I 2 VO., der gegen die Ansicht Huecks spricht. Gerade aus ihm ergibt sich, daß er den vertragschließenden Arbeitnehmer nicht als TV.-Partei, sondern als Einzelwesen meint. § 1 I 2 VO. betrifft nur die Individualnorm; sie ist keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der U., die dort ihre Grenze findet, wo er durch die U. erstrebte Zweck (nämlich der Schutz des Gesamtinteresses) vereitelt würde. Die Vorbehaltsklausel des § 1 I 2 VO. ist der Ausdruck des Willens der TV.-Parteien und deshalb ist eine entsprechende Abweichung der U. nicht zugänglich. Es ist jedoch nicht zulässig hinsichtlich der U. der VO. etwas zu unterschieben, was diese selbst nicht zum Ausdruck bringt. Ich habe genügend gewürdigt, daß der Wille des Staates dahin geht, durch die VO. die Arbeit, das heißt den Arbeitnehmer vor seiner eigenen Vertragsfreiheit zu schützen, was allerdings in der Regel durch das Interesse einer Gesamtheit von Personen geschieht. Das letztere, aber auch nur das letztere will Hueck, wenn er das Interesse der beteiligten Gesamtarbeitnehmerschaft als maßgebend für die Auslegung des § 1 I 2 VO. erklärt. Die T.-Normen gelten doch infolge von § 1 I 2 VO. als Mindestbedingungen für den Arbeitsvertrag (wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist). Und diese Mindestbedingungen sollen dem Arbeitnehmer durch die U. gesichert werden. Die Frage, ob es sich um unmittelbar den Arbeitnehmer begünstigende Bedingungen handelt z. B. übertariflichen Lohn oder um mittelbar den Arbeitnehmer begünstigende Bedingungen z. B. untertariflichen Lohn in Anbetracht einer etwaigen Arbeitslosigkeit, steht daher gar nicht zur Entscheidung. Nach der historischen Entwicklung des TV. und nach dem sozialen Zweck der VO. ist nur die Abdingung wirksam, die unmittelbar den Arbeitnehmer begünstigt. Es muß also zwischen Arbeitsvertrag und TV. verglichen werden, nicht aber zwischen Arbeitsvertrag und vertragslosem Zustand. Freilich muß zugegeben werden, daß durch die strenge Wirkung der U. im allgemeinen indirekt das Wohl der am TV. beteiligten Arbeitnehmerschaft geschützt wird; insofern deckt sich die hier vertretene Anschauung mit den Grundsätzen Huecks.[6])

Nipperdey hat aber Beispiele angeführt, wonach die bestrittene Ansicht in der Praxis zu unmöglichen Ergebnissen führen kann. So könnte, meint er, unter Umständen in der Lohnerhöhung eines bevorzugten Arbeitnehmers eine unzulässige Abweichung erblickt werden, weil sich gewöhnlich der gesteigerte Arbeitnehmer nicht mehr mit der gleichen Kraft für die Erhöhung der Tariflöhne einsetzt und dadurch die gemeinsame Front der Arbeitnehmerschaft schwächt.[7])

[6]) Nipperdey, Beiträge zum JR., S. 10.
[7]) Schl.W. 1924, S. 185 Anm. 8.

Hueck gibt sogar zu, daß die untertarifliche Lohnvereinbarung als „eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers" dann betrachtet werden kann, wenn sämtliche am TV. beteiligten Arbeitnehmer durch sie unmittelbar betroffen werden, mit anderen Worten wenn die betr. Industrie die tariflichen Löhne nicht mehr halten kann.[8]) Wann ist aber dann das Gesamtinteresse verletzt? Etwa wenn in diesem Falle ein einziger tarifunterworfener Arbeitnehmer, wenn mehrere, ein Viertel oder die Hälfte um Tariflohn arbeiten konnen? Man müßte auch jede Verpflichtung trotz tarifvertraglichen Verbotes für unwirksam erklären, selbst wenn sie dem Einzelnen das zehnfache des Tariflohnes eintragen würde, sofern der Arbeitnehmer infolge seiner Tüchtigkeit zwei Durchschnittsarbeiter ersetzt, weil er dadurch das Gesamtinteresse schädigt. Ebenso wäre eine untertarifliche Lohnvereinbarung mit einem angeblich schwächlichen Arbeiter, der sonst keine Arbeit zu Tariflohn findet, wirksam, weil hier das Gesamtinteresse nicht berührt würde. Ein sonderbares Ergebnis der U.! Ja, ist nicht jegliche Abweichung von dem Wortlaute der T.-Norm durch Sondervereinbarung eine Durchbrechung des Kollektivprinzips, eine Schwächung der gewerkschaftlichen Macht und damit ein Nachteil für die am TV. beteiligte Arbeitnehmerschaft! [8])

Meines Erachtens ist ebensowenig haltbar die Auffassung Erdels, der gleichfalls der Wirksamkeit der Abweichung das Gesamtinteresse zugrunde legt und als Maßstab hierfür den Wortlaut des TV. anwenden will.[9]) Dem widersprechen nämlich neben den schon erwähnten weitere Erwägungen. Durch die feststehende Klausel, daß Aenderungen zugunsten des Arbeitnehmers wirksam sein sollen — mag dieser Vorbehalt durch ausdrückliche Vereinbarung oder als Voraussetzung der VO. zur Anwendung kommen — lassen die TV-Parteien ihren Willen zugunsten der Einzelabmachung zurücktreten. Es kann nun dieser Vorbehalt mit einer stereotypen Bestimmung (z. B. Verbot von Akkordarbeit) in Widerspruch stehen deshalb, weil die einzelvertragliche Abweichung von dieser Bestimmung dem Arbeitnehmer mehr Vorteile bietet als die tarifvertragliche Bestimmung. Der vereinbarte oder gesetzliche Vorbehalt des § 1 I 2 VO. geht daher dem normalen Tarifwillen vor. Andernfalls haben es die TV.-Parteien in der Hand, diese Möglichkeit durch Ausschlußnorm zu beseitigen. Der Wortlaut des TV. darf auf jeden Fall nicht allein für die Auslegung des § 1 I 2 VO. maßgebend sein, weil häufig sein Inhalt durch selbstsüchtige Absichten der beiden TV.-Parteien diktiert wird, die ausschließlich den Interessenstandpunkt der Gewerkschaft bezw. des Kartells beachten. Daher

[8]) Vgl. Nipperdev a. a. O.
[9]) Vgl. Erdel Schl.W. 1926, S. 183

halte ich auch für gefährlich, bei Versagen des objektiven Maßstabes über die Frage der Günstigkeit, mit Hueck die subjektive Anschauung des betr. Arbeitnehmerkreises oder des Arbeitnehmers selbst sprechen zu lassen. Der gesetzliche Vorbehalt des § 1 I 2 VO. ist an abstrakte Tatsachen geknüpft, nicht aber an die Ansicht eines Personenkreises. Das ergibt sich schon aus der Tendenz der VO. Sie will dem Arbeitnehmer nicht etwa das Bewußtsein einflößen, daß seine Existenz durch den Staat geschützt wird, sie will ihn wirklich schützen, da der Staat ein Interesse hat an der Erhaltung der Arbeitskraft. Läßt sich daher die Abweichung objektiv nicht beurteilen, so ist sie einfach unwirksam.

Maßgebend ist also für die behandelte Frage das Einzelinteresse, verglichen am TV. selbst. Daß es sich dabei nur um rein wirtschaftliche Vorteile handeln kann, brauche ich nicht zu begründen. Es läßt sich aber nicht — mit Ausnahme der zahlenmäßigen Lohnbestimmung — eine feststehende Aufstellung von solchen Abweichungen machen, die eine Aenderung zugunsten des Arbeitnehmers bedeuten. Es spielen zu viele veränderliche Faktoren mit herein, so daß sich in dieser Hinsicht das Bild jederzeit verschieben kann. Für die Entscheidung ist maßgebend auf jeden Fall der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Tatsache der Besserstellung ist keine auflösende oder aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 BGB., die den rchtlichen Bestand der Abweichung während der Dauer des Arbeitsvertrages verändert, sie ist vielmehr eine tarifvertragliche Voraussetzung, die ein für allemal die Abweichung entweder wirksam oder unwirksam macht.

Wie sehr eine arbeitsvertragliche Bestimmung sich unter den wirtschaftlichen Vorgängen verändert, zeigt sich an der Kündigungsfrist. Eine kurze Kündigungsfrist kann für den Arbeitnehmer vorteilhaft sein bei Ueberangebot von freien Arbeitsstellen, die eine Aussicht auf günstigere Arbeitsbedingungen gewähren können. Umgekehrt ist eine lange Kündigungsfrist bei Ueberangebot von Arbeitnehmern günstiger, weil dann der Arbeitnehmer bestrebt ist, das Arbeitsverhältnis auf möglichst lange Zeit zu sichern. Dementsprechend ist die Abweichung von der durch TV. vereinbarten Kündigungsfrist zu beurteileen. Im allgemeinen wird man jedoch sagen können, die längere Kündigungsfrist ist die dem Arbeitnehmer günstigere Bestimmung. Daher ist die Kündigungsfrist durchaus keine neutrale Vorschrift, die, wenn sie vom TV. abweicht, grundsätzlich unwirksam ist.

Andererseits wird man die Aenderung nach dem Können des Arbeitnehmers werten müssen. So ist z. B. eine Verpflichtung zur Akkordarbeit trotz tarifvertraglichen Verbots nicht ohne weiteres unwirksam. Wenn der Durchschnittsarbeiter im Akkordlohn bei gleicher Aufbietung seinr Kräfte

im allgemeinen mehr als im Stundenlohn verdient, dann ist die Verpflichtung wirksam. Die Ueberschreitung der Höchstarbeitszeit unter gleichzeitigen Erhöhung des Stundenlohnes ist ebenso nach den individuellen Verhältnissen zu werten. Ja sogar die Uebertretung der Höchstarbeitszeit kann ein Vorteil für den Arbeitnehmer oder für die Arbeitnehmer eines Betriebes sein, dann nämlich, wenn dies ihren irgendwie begründeten Wünschen entspricht. Die objektive Entscheidung dieser Frage stellt zwar an die Praxis hohe Anforderungen, aber eine Aenderung zugunsten des Arbeitnehmers wird es in Zweifelsfällen meist dann sein, wenn die Initiative zur Abweichung vom TV. vom Arbeitnehmer oder der betr. Betriebsvertretung ausging.

Indessen kann ein Arbeitsvertrag, der vom TV. so abweicht, daß er begünstigende und zugleich ungünstige Bestimmungen enthält, nicht schlechtweg so gestalten werden, daß die günstigen wirksam, die ungünstigen Bedingungen unwirksam sind. Deshalb nicht, da sehr häufig die Vorteile nur gewährt werden konnten und wollten, weil sich der Arbeitnehmer zu den benachteiligenden Bestimmungen verpflichtet hatte. Die verschiedenen Sonderbestimmungen bilden somit einen unzertrennlichen Komplex.[10]) Ob dies zutrifft oder ob die begünstigenden Bedingungen wirksam, die anderen dagegen unwirksam sind, ist aus dem Einzelfall insbesondere aus dem Zusammenhang der einzelvertraglichen Bestimmungen zu entnehmen.

[10]) Vgl. Hueck, Tarifrecht, S. 64.

V.

Die tarifwidrigen Handlungen der Einzelparteien.

§ 11.

Rechtsfolge der tarifwidrigen Abweichungen vom Tarifvertrag.

Oben ist bereits mehrmals hervorgehoben worden, daß die Tarifnormen als durch die Einzelparteien vereinbart gelten und Inhalt des Arbeitsvertrags werden, wenn ihnen tarifwidrige Sondervereinbarungen entgegenstehen. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre und sie wird auch vom Reichsgericht vertreten.[1]) Bekämpft wird sie allerdings von Oertmann.[2]) Nach ihm ist die Tarifnorm Rechtsnorm, die nicht zum Inhalt des Arbeitsvertrages wird, sondern als lediglich zwingendes Recht die aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Wirkungen regelt. Die Durchführung dieser Meinung ergäbe aber, daß die Tarifnormen gegen gesetzliche Verbotsvorschriften verstoßen könnten. Diese sonst nichtigen Vereinbarungen würden nach dem Grundsatze: „das spätere Gesetz hebt das jüngere auf" trotzdem in den Einzelarbeitsvertrag eingehen.

Die durch die U. eintretende Rechtsfolge läßt sich leicht durchführen, wenn es sich um Gebotsnormen des TV. handelt. Wird aber durch Sondervereinbarung eine Verbotsnorm verletzt, so ist zwar diese Sonderbestimmung unwirksam; es entsteht aber im Arbeitsvertrag eine Lücke, für die der TV. meist keinen Ersatz vorsieht. Eine Tarifnorm, die Akkordarbeit verbietet, geht als vereinbart in den Arbeitsvertrag über. Verlangt der Arbeitgeber trotzdem Leistung von Akkordarbeit, so kann der Arbeitnehmer, wenn die Voraussetzung einer Aenderung zugunsten des Arbeitnehmers nicht vorliegt, die Leistung von Akkordarbeit jederzeit verweigern, auch wenn er sich hierzu bereits verpflichtet

[1]) JW. 1927, S. 241 ff., vgl. noch Sitzler Tarifrecht § 1 Anm. 3.
[2]) Schl.W. 1924, S. 182.

hatte. Zwar ist die Annahme der Akkordarbeit durch den Arbeitnehmer als ein Verzicht auf die Geltendmachung des tariflichen Akkordverbotes für die Zukunft zu erblicken, dieser Verzicht ist aber aus später noch auszuführenden Gründen nichtig.

Die Verpflichtung zu Leistung von Akkordarbeit ist also unwirksam. An ihre Stelle tritt die tarifvertragliche Arbeit mit dem Anspruch auf Stundenlohn. Hat jedoch der Arbeitnehmer infolge von Akkordarbeit bereits mehr als den üblichen Stundenlohn verdient, so steht ihm keinesfalls nur ein Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung zu.[3]) Er würde dadurch in seinen Rechten gefährdet sein, denn es wäre zweifelhaft, ob er mit seiner Forderung in voller Höhe des verdienten Akkordlohnes durchdringt.

Aber man kann folgendes ableiten. Der Arbeitgeber hat das Bestreben, aus seinem Betrieb mit möglichst wenig Mitteln eine möglichst große Leistungsfähigkeit zu erzielen. Dies erreicht er durch die Akkordarbeit, und deshalb will er sich auch zur Leistung des entsprechenden Akkordlohnes verpflichten. Ist auch die tarifwidrige Akkordvereinbarung unwirksam, so stellt trotzdem die Verpflichtung des Arbeitgebers eine gemäß § 158 BGB. wirksames Leistungsversprechen dar, dem Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsvertrages in gewissem Verhältnis zu seiner Mehrleistung zu bezahlen. Trotz Unwirksamkeit der Akkordverpflichtung kann also der Arbeitnehmer immer den verdienten Akkordlohn verlangen.[4]) Als Mindestanspruch gilt dabei infolge der U. der Tariflohn. Ist durch TV. eine Maximalarbeitszeit festgesetzt, so läßt sich der Lohnanspruch für die Mehrstunden nach denselben Grundsätzen begründen. Die Verpflichtung zur Lohnzahlung für die Arbeitsstunden über die Maximalarbeitszeit ist ein bedingtes Arbeitsversprechen des Arbeitgebers, und zwar deshalb, weil der Arbeitnehmer jederzeit die Arbeitsleistung über die Maximalarbeitszeit hinaus verweigern kann.

Es könnte auch in einem TV. das Verbot von Akkordarbeit vorgesehen sein und zugleich eine Vereinbarung über den Stundenlohn fehlen. Im Arbeitsvertrag würde hier ebenso die Verpflichtung zur Akkordarbeit unwirksam sein. An Stelle des Akkordlohnes müßte dann allerdings gemäß § 619 BGB. der ortsübliche Lohn treten.

Durch das Verbot von Konkurrenzklauseln im TV. verliert eine entgegenstehende Vereinbarung im Arbeitsvertrag ihre Wirksamkeit. Im praktischen Leben werden gerade die Konkurrenzklauseln durch TV. häufig geregelt.[5]) Im Rahmen der

[3]) So allerdings Baum JW. 1919, S. 75.
[4]) Im Ergebnis auch Hueck, S. 59, Tarifrecht.
[5]) Vgl. Staub, Komm. zum HGB

zwingenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches sind diese Bestimmungen unabdingbar. Sie wirken auch noch sinngemäß bei den Einzelparteien weiter, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst ist. Einer erneuten Vereinbarung zwischen den Einzelparteien über ein Konkurrenzverbot können aber die Tarifnormen nicht entgegenstehen.[6]) Die U. gilt einerseits nur für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, andererseits finden nicht einmal die gesetzlichen Vorschriften über Konkurrenzverbot auf einen solchen nachträglichen Vertrag Anwendung.

§ 12.

Die Nachforderung von Ansprüchen aus dem Tarifvertrag.

Krisenzeiten sind sehr häufig der Anlaß für die Einzelparteien, tarifwidrige Arbeitsverträge trotz der U. des TV. abzuschließen. In solchen Zwangslagen duldet auch meist der Arbeitnehmer widerspruchslos die Erfüllung der an sich unwirksamen Sonderbestimmungen. Erst wenn diese Zwangslage für ihn wegfällt, d. h. wenn er zu dem betreffenden Arbeitnehmer in keinem Arbeitsverhältnis mehr steht, pflegt er seine Nachforschungen zu erheben. Nach der herrschenden Lehre hat er diese dann verwirkt. Ein Teil der Wissenschaft und der Rechtsprechung ist jedoch anderer Ansicht. Das Reichsarbeitsgericht hat sich bislang noch nicht mit der Frage beschäftigt. Das Reichsgericht hat sich, allerdings nur beiläufig, in der Entscheidung vom 27. XII. 25 der bisher herrschenden Lehre angeschlossen.[1])

Die herrschende Lehre begründet ihre Ansicht, indem sie sagt: Die VO. wolle nur den Inhalt der Arbeitsverträge schützen, nicht aber die bereits entstandenen Ansprüche.[2]) Der Arbeitnehmer, der vorbehaltlos den vereinbarten untariflichen Lohn annehme, könne eine Nachforderung nicht mehr verlangen, weil er durch die Annahme stillschweigend auf die Differenz zwischen Tariflohn und vereinbarten Lohn verzichtet habe. Ein solcher Verzicht werde durch die U. nicht berührt und sei infolgedessen rechtsunwirksam. Dies folge einerseits daraus, daß die entstandenen Ansprüche von dem Arbeitsvertrag als solchen zu scheiden seien und es unzulässig sei, eine solche Ausnahmevorschrift über ihren Wortlaut hinaus auszudehnen.[3]) Dies tue man aber, wenn man einen

[6]) Vgl. Staub a. a. O. § 74 Anm. 5, die gesetzl. Vorschriften gelten nur, wenn die Klausel während des Dienstverhältnisses oder vorher vereinbart ist.

[1]) Vgl. JW. 1927, S. 241 ff.

[2]) Hueck R. d. TV S. 115.

[3]) Vgl. Gülde DJZ. 1925, S. 507.

nachträglichen Verzicht für unwirksam erkläre; man hemme damit zu Unrecht die individuelle Vertragsfreiheit des Verzichtenden.

Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend. Es soll auch nicht grundsätzlich die Willensfreiheit der Einzelparteien beschränkt werden. Ein Erlaßvertrag unter diesen ist zulässig immer dann, wenn sie sich gegenseitig auch wirklich, und zwar aus freien Stücken etwas zuwenden bezw. nachlassen wollen. Sobald aber ein Verzicht im Zusammenhang mit der tarifwidrigen Abweichung durch Sondervereinbarung erfolgt, ist er unwirksam; denn der Arbeitnehmer wird sich nur dann zu untertariflichen Bedingungen herbeilassen, wenn er keine Arbeit zu tariflichen Bedingungen erhält. Er wird regelmäßig die vereinbarte Erfüllung widerspruchslos annehmen, weil er im Falle des Widerspruchs Kündigung fürchtet. Dieser Druck besteht während der Dauer des Vertrags fort. Eine Kündigungsandrohung braucht durch den Arbeitgeber nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein. Nur unter diesem Gesichtspunkte sind folgende Ausführungen zu betrachten.

Die hier vertretene Auffassung findet immer breiteren Boden, besonders seit Nipperdey in seinen „Beiträgen zum Tarifrecht" so ausgezeichnet und ausführlich die Argumente widerlegt hat, die für die Ablehnung der Nachforderung sprechen.[4]) Auf seiner Seite stehen: Flatow, Reichsarbeitsblatt, NAT. S. 250 f., Jhrg. 1924, Lutz Richter, Gew.- u. Kaufm.-Ger. Bd. 29 S. 189 f., Wölbling desgl. Bd. 31 S. 271, Erdel, Schl.W. 1925 S. 17 ff., Sinzheimer, Grundzüge des Arbeiterrechtes S. 264, Jakobi, Allg. Grundriß des Arbeitsrechts u. a.

Nipperdey sagt[5]): Die VO. will eine Garantie geben, daß die durch sie verfolgten Ziele tatsächlich erreicht werden. Diese Ziele werden vereitelt, wenn ein Verzicht zulässig ist. Es ist eine formalistische Auslegung, wollte man die VO. nur für die Arbeitsverträge und nicht hinsichtlich der entstandenen Ansprüche gelten lassen. Dadurch würden den Einzelparteien rechtliche Mittel zur Verfügung gestellt, die den Gedanken der W. illusorisch machen würden, denn es würden tatsächlich untertarifmäßige Arbeitsbedingungen herbeigeführt werden. Diese rechtlichen Mittel bedeuten aber eine Gesetzesumgehung, die unzulässig ist, weil sie in diesem Falle gegen § 134 BGB. verstößt.

Dagegen ist freilich schon eingewandt worden, die VO. sei ein Verbotsgesetz, das die individuelle Vertragsfreiheit derart einhemme, daß sie keine Ausdehnung über ihren Wortlaut hinaus vertrage. Für Verbotsgesetze gelte der Begriff der unzulässigen Gesetzesumgehung nicht. Das letztere hat wohl seine Berechtigung für Strafgesetze, nicht aber grundsätzlich

[4]) Vgl. Flatow RArbBl. NAJ. 1924, S. 250.
[5]) a. a. O. S 23; Hülde DJZ. 1925, S. 507.

für die bürgerlichen Vorschriften.[6]) Und gerade hier, wo es sich um eine soziale Schutzvorschrift handelt, durch die der einzelne von der Gesamtheit gedeckt werden soll, gilt der Begriff der unzulässigen Gesetzesumgehung erst recht.[7]) Wer den Geist der VO. in seiner ganzen sozialpolitischen Tragweite erfaßt, wird zugeben müssen, daß die Einzelwesen des Schutzes vor der eigenen Vertragsfreiheit solange bedürfen, als dies das Gesamtinteresse fordert. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Grundsatz schon da Halt machen soll, wo der Zweck der VO. sich überhaupt erst praktisch auszuwirken beginnt. Und es ist auch nicht folgerichtig, wenn auf der einen Seite (obwohl dies der Wortlaut des § 112 VO. gar nicht andeutet) verlangt wird, das Gesamtinteresse gehe vor und deshalb finde die Aenderung zugunsten des Einzelwesens da ihre Grenze, wo dieses Gesamtinteresse durch die Einzelabmachung gefährdet wird.[8]) Nach der anderen Seite hin will man die VO. streng nach ihrem Wortlaut auslegen, infolgedessen zwischen dem Arbeitsvertrag und den entstandenen Ansprüchen unterscheiden. Hat denn nicht die VO. das Letztere zu schützen versucht? Ich denke doch, durch einen wirksamen Verzicht im Zusammenhange mit der tarifwidrigen Abweichung wird das Gesamtinteresse am meisten gefährdet.

Wenn man aber schon für die Verzichtstheorie eintritt, warum soll dann ein Verzicht auf die entstandenen Ansprüche wirksam sein? Keine Rechtsvorschrift verbietet dann den Einzelparteien schon vorher einen Erlaßvertrag zu schließen über alle über die Sonderbestimmungen hinaus künftig entstehenden Ansprüche.[9])

Dagegen wendet allerdings die gegenteilige Meinung ein, ihre Ansicht, nur einen nachträglichen Verzicht zuzulassen, werde durch § 619 BGB. bestätigt, der sagt: „Die dem Dienstberechtigten nach §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden." [10])

Die herrschende Lehre glaubt zwar, daß falls die Ersatzansprüche aus §§ 617, 618 BGB. entstanden sind, während des bestehenden Dienstverhältnisses verzichtet werden kann. Anderer Ansicht ist jedoch Staudinger Kommentar zum BGB. Demnach ist ein Verzicht gemäß § 619 BGB. nur zulässig, wen das Dienstverhältnis bereits aufgehoben ist. Darauf begründet Nipperdey seine Ansicht und kommt durch Analogieschluß bei der tarifwidrigen Abweichung zu dem von ihm vertretenen Standpunkt.[11])

[6]) So Nipperdey a. a. O., S. 25.
[7]) Vgl. Staudinger Kommentar I § 134 Anm. 2.
[8]) So Hueck Schl.W. 1924, S. 185 Anm. 10.
[9]) So auch Nipperdey a. a. O., S. 37.
[10]) Schulz-Schäffer KA. Tariflohn, Nachforderung v. 10. I. 23.
[11]) Nipperdey a. a. O.

Der soziale Zweck des § 619 BGB. und des § 1 VO. ist durchaus verwandt, aber verschieden. Durch die ältere Vorschrift des § 619 BGB. sollen Leben und Gesundheit des Dienstnehmers geschützt werden. Dieses Schutzbedürfnis ist solange notwendig, als dem Dienstnehmer die in den §§ 617, 618 BGB. bezeichneten Gefahren bevorstehen. Ueber die daraus entstandenen Ansprüche soll ihm die Verfügungsfreiheit zustehen. Dies ist zum Ausdruck gebracht durch die Worte „im Voraus". Aber der Zweck der VO. geht weiter. Hier soll durch die Berücksichtigung des Gesamtinteresses der Einzelne geschützt werden. Das fordert naturgemäß eine strengere Bindung, als wie sie im § 619 BGB. vorgesehen ist. Während aber bei § 619 BGB. durch die Worte „im Voraus" ein Verzicht auf entstandene Ansprüche ausdrücklich zugelassen ist, ist dies nicht der Fall bei § 1 VO. Gerade ein Vergleich zwischen § 619 BGB. und § 1 VO. zwingt uns daher, die Nachforderung des Arbeitnehmers auf Tarifansprüche zu bejahen.

Die Gegenmeinung findet auch ihre Ansicht durch § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes bestätigt. Auch hier könne der zur Zahlung fällige Lohn über die zulässige Grenze hinaus gepfändet werden, soweit der Schuldner diesen nicht abhebt.[12])

Die VO. und das Lohnbeschlagnahmegesetz liegen auf ganz verschiedenen Gebieten.[13]) Der Arbeitnehmer, der den fälligen Lohn nicht ganz einzieht, beweist dadurch nur, daß er diesen zur Bestreitung seiner lebensnotwendigen Bedürfnisse braucht. Hab und Gut des überschuldeten Arbeitnehmers wäre unbeschränkt der Pfändung unterworfen. Aber die notwendigsten Güter zur Bestreitung des Existenzminimums müssen ihm aus sozialpolitischen Gründen erhalten bleiben. Braucht jedoch der Arbeitnehmer einen Teil seines Lohnes nicht, so ist es billig, daß der Gläubiger durch dessen Einziehung zu seinen Rechten gelangt. Was hat aber dieser Grundsatz mit der VO. zu tun? Ob der Arbeitnehmer zur Bestreitung des notwendigen Lebensunterhaltes den tarismäßigen Anspruch braucht oder nicht braucht, steht hier nicht in Frage.

Hueck und andere[14]) glauben, der durch den Verzicht in Frage gestellte Schutz des Arbeitnehmers könne in anderer Weise gesichtert werden. Eine Sicherung biete der T.V. durch seinen obligatorischen Teil, denn dadurch könne auf die tarifuntreuen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in entsprechender Weise eingewirkt werden, namentlich dann, wenn für die TV.-Parteien eine Durchführungspflicht hinsichtlich der Tarifnor-

[12]) Hueck Recht des TV., S. 115
[13]) So Nipperdey a. a. O., S. 47.
[14]) Hueck, Recht des TV., S. 146 ff; Schulz-Schäffer, Kartenauskunftei.

men besteht. Die TV.-Partei könne daher ihre Gegenpartei zwingen, daß sie auf ihre tarifuntreuen Mitglieder mit den verbandsmäßigen Zwangsmitteln einwirkt. Eine derartige Maßnahme erfordert aber ein äußerst umständliches Verfahren, das in nur wenigen Fällen zum Erfolg führen wird. Außerdem wird dem fordernden Verbande meist die Einwilligung seines eigenen benachteiligten Mitgliedes entgegengehalten werden können.

Bisher war nur von dem Verzicht die Rede, der im Zusammenhang mit der Abweichung vom TV. ausdrücklich zu erfolgen pflegt. Indessen wird sich in den wenigsten Fällen der Arbeitgeber herbeilassen, den Arbeitnehmer zu einer ausdrücklichen Verzichtserklärung zu veranlassen, und zwar deshalb nicht, weil er sonst viel eher auf den Widerstand des von seinem Verbande gedeckten Vertragsgegners stößt. Geschieht dagegen stillschweigend die untertarifl. Auszahlung, so wird der Arbeitnehmer, der sich sogar irrtümlich meist zur widerspruchslosen Annahme verpflichtet fühlt, kaum aktiv zur Wehr setzen wollen. Daher ist überhaupt fraglich, ob in der widerspruchslosen Annahme des untertarifl. Lohnes ein stillschweigender Verzicht auf den tariflichen Lohn zu erblicken ist. Die Einzelparteien, die in ihrem Vertrage vom T.V. abgewichen sind, werden sich in den seltensten Fällen bewußt sein, daß durch die Erfüllung der abweichenden Vereinbarung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber auf die Differenz zwischen dem tariflichen und dem vereinbarten Lohne verzichten wolle.[15]) Sie sind sich vielmehr nur bewußt, ihrer Vereinbarung zufolge zu handeln. Die widerspruchslose Annahme kann nur als Bestätigung der ursprünglichen unwirksamen Vereinbarung im Sinne des § 141 Abs. 1 gewertet werden, die wiederum nichtig ist.[16]) Dem Arbeitnehmer aber, der nicht weiß, daß er untertariflich arbeitet, oder daß er an sich zur Nachforderung berechtigt ist, kann ein Verzichtswille gar nicht unterschoben werden. Weiß er es, dann wird er sich eben stillschweigend seine Rechte vorbehalten, bis er dem Drucke, den das Arbeitsverhältnis auf ihn ausübt, entgangen ist.

Man darf jedoch nicht die Verzichtstheorie zwar ablehnen, seine Nachforderung aber wegen seines gegensätzlichen Verhaltens als verwirkt erklären. Zu diesem Ergebnis kommen nämlich Hoeniger [17]) und ein Teil der Rechtsprechung [18]) durch folgenden Grundsatz: „Niemand darf ein Recht geltend machen, das im Widerspruch steht zu seinem bisherigen Verhalten, wenn dieses den Anschein erweckte, daß das Recht nie-

[15]) So Nipperdey a. a. O., S. 39.
[16]) Vgl. Landgericht Leipzig, Schl.W. 1922, S. 168.
[17]) Hoeniger, Schl.W. 1921, S. 78 ff.
[18]) Vgl. Priebe, DJZ. 1925, S. 662
[19]) Hoeniger, Schl.W. 1922, S. 23.

mals geltend gemacht werden wolle." Diese Lehre von dem „Venire contra factum proprium" findet ihre Stütze in den §§ 157, 242 BGB. Diese Rechtswirkung tritt also gegen den Willen des Berechtigten ein und regelmäßig dann, wenn ihm die Kenntnisse von seinem Rechte zuzumuten war.[19]) Der Arbeitnehmer, der widerspruchslos den untertariflichen Lohn annimmt, hätte sonach seine Nachforderung verwirkt, denn er schweige, weil er sonst seine Entlassung fürchten würde. Für ihn sei, so folgert Höniger, vorerst bequemer, sich mit geringeren Löhnen infolge der drohenden Kündigung zu begnügen. Das sei Grund genug zur Rechtsverwirkung, weil so der Arbeitnehmer illoyal handle.

Nipperdey jedoch hält diese Lehre mit dem Gedanken der U. unvereinbar.[20]) Grundsätzlich könne eine Verschweigung keine Rechtsverwirkung herbeiführen, weil das geltende Recht eine Widerspruchsfrist für den Gläubiger im allgemeinen nicht kennt. Selbst § 364 BGB. verschiebe nur die Beweislast zugunsten des Schuldners. Der Gläubiger, der die geringere Leistung widerspruchslos annimmt, habe immer noch den Anspruch auf die Restforderung. Nur ganz besondere Fälle könnten ihm eine Pflicht zum Widerspruch auferlegen.

In der Tat besteht der rechtliche Erfolg der Verschweigung nur darin, daß die Forderung verjährt. Dies ist auch im Tarifrecht nicht anders. Der Anspruch auf Tariflohn ist hier das Selbstverständliche. Mit der Nachforderung muß der Arbeitgeber jederzeit rechnen. Daher ist es weniger der Arbeitnehmer, der illoyal handelt, wenn er unter dem Druck der Verhältnisse schweigt, sondern eher der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer durch die untertarifliche Bezahlung um seine Rechte bringt und ihn schädigt.[21])

Nipperdey hat bereits betont, die Lehre von der Rechtsverwirkung bei gegensätzlichem Verhalten kann auf die Nachforderung nicht passen, weil nach allgemeiner Ansicht maßgebend ist, ob durch dieses gegensätzliche Verhalten die Lage des Schuldners verschlechtert wird. So wenigstens nach Lehmann. Auch Riezler hat hervorgehoben, daß es dabei gar nicht auf den Verstoß gegen die guten Sitten ankomme, sondern darauf, ob durch den widerspruchsvoll Handelnden sein Gegner geschädigt wird.[22]) Dies wäre bei uns die Einwilligung des Arbeitnehmers zum Abschluß des tarifwidrigen Arbeitsvertrages. Wohl niemand wird bei der Verwirkung den entscheidenden Wert auf die Einwillung des Arbeitnehmers zur tarifwidrigen Sondervereinbarung legen. Oder würde etwa

[20]) a. a. O., S. 54.
[21]) Aehnlich LG. Leipzig Schl.W. 1922, S. 167; Lehmann Zeitsch. f. Handelsrecht, S. 79, 90 ff.
[22]) „Venire contra factum proprium" 1912.

diese schon der Grund der Verwirkung sein? Dann allerdings müßten wir den Gedanken der U. vollkommen aufgeben. Die hier bekämpfte Meinung legt also das Gewicht auf die widerspruchslose Annahme des untertariflichen Lohnes. Der Arbeitgeber ist jedoch zur Zahlung des Tariflohnes ohnehin verpflichtet. Es macht keinen Unterschied, ob der Arbeitsvertrag gar keine Bestimmung oder eine tarifwidrige Bestimmung über den Lohn enthält. Durch die widerspruchslose Annahme des untertariflichen Lohnes wird die Lage des Arbeitgebers weder verschlechtert noch geschädigt. Allerdings gehen häufig die Arbeitgeber in der Weise vor: sie lassen dem eintretenden Arbeitnehmer, der sich zu untertariflichem Lohne verpflichtet hat, schriftlich bestätigen, daß er die Arbeit nur bekommen hat, weil er Nachforderungen, soweit sie den tarifmäßigen Lohnbetrag betreffen, nicht erheben wolle. Damit will später der Arbeitgeber den Nachweis der arglistigen Täuschung oder den der auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB. erbringen, wenn der Arbeitnehmer Nachforderungen erhebt. Die Arbeitgeber glauben hierdurch den Nachweis der rückwirkenden Nichtigkeit des Arbeitsvertrages herbeiführen zu können. Nach neuerer Ansicht sind aber die Ansprüche aus dem TV. gar nicht davon abhängig, ob die Arbeitsverträge gültig sind.[23]) Maßgebend ist nur der Bestand eines Arbeitsverhältnisses, denn auch dann schon kommen dem Arbeitnehmer die Ansprüche aus dem TV. nach der geltenden Rechtsprechung zu. Nach Erdel müßte bei Nichtigkeit des Vertrags jeder Teil das Empfangene nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 BGB.) herausgeben. Das wäre auf Seiten des Arbeitnehmers der empfangene Lohn, auf Seiten des Arbeitgebers, da Herausgabe in natura nicht möglich ist, der Wert der empfangenen Leistung (§ 818 II BGB.). Dieser bestünde, so meint Erdel, im Tarifgehalt.[24]) Dies ist jedoch nur dann zutreffend, wenn es sich um einen allgemein verbindlich erklärten TV. handelt. Sonst wird man aber nicht immer sagen können, daß der Wert der Leistung im Tarifgehalt bestünde. Vielmehr könnte dann nur für die zu zahlende Lohnhöhe der ortsübliche Lohn maßgebend sein. In manchen Fällen würde aber der Arbeitgeber nach diesen Grundsätzen gar nichts schulden, man denke z. B. an Krankheit des Arbeitnehmers. Erdel hat auch nicht bedacht, daß durch die arglistige Täuschung, die der Arbeitnehmer durch das Unterschreiben des Bestätigungsschreibens begangen hat, dem Arbeitgeber regelmäßig Gegenansprüche auf Schadenersatz in Höhe der Differenz zwischen Tariflohn und dem vereinbarten Lohn zustehen, falls der Arbeitnehmer mit seiner Nachforderung hier

[23]) LG. Dresden, vgl. Schl.W. 1927, S. 27 u. AR 1927, S. 73.
[24]) Erdel, Schl.W. 1925, S. 13 ff.

durchdringt. In der Tat hat hier der Arbeitgeber einen Weg, sich der tariflichen Verpflichtungen zu entziehen. Die allgemeinen Schutzgesetze, wie arglistige Täuschung und das Forderungsrecht aus den unerlaubten Handlungen werden durch das Tarifrecht nicht berührt. Es bleibt also dem Arbeitnehmer nur die Möglichkeit, sich auf dem Wege über die TV.-Parteien durch Aufnahme bestimmter Klauseln in den obligat. Teil des TV. gegen derartige Maßnahmen vorzusehen.

Die herrschende Meinung, besonders Hoeniger, mache auch geltend, die Ablehnung der Verzichts- und Verwirklichungsklausel begünstige das Lohndrückertum,[25]) dem gegenüber hat bereits Nipperdey hervorgehoben, daß die Bejahung dieser Theorien das Lohndrücken selbst begünstigt.[26]) Erst wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer klar darüber sind, daß die Wirkung des TV. weder beseitigt noch eingeschränkt werden kann, falls ihre Voraussetzungen eingetreten sind, werden sie auch nicht mehr versuchen, tarifwidrige Arbeitsverträge abzuschließen.

Ein Verzicht, sei er ausdrücklich oder stillschweigend, der unter dem Drucke erfolgt ist, den bekanntlich das Arbeitsverhältnis auf den Arbeitnehmer ausübt, ist also grundsätzlich unwirksam. Ebenso ist unter diesen Umständen eine durch das gegensätzliche Verhalten verursachte Verwirkung der Ansprüche abzulehnen. Sonst wird der Vertragswille der Einzelparteien, besonders wenn die Anregung zum Erlaßvertrag freiwillig vom Arbeitgeber ausgeht, nicht berührt. Ein Verzicht auf die Nachforderung ist daher zulässig, wenn der psychische Druck auf den Verzichtenden weggefallen ist. Wann das immer der Fall ist, muß jeweils der praktischen Beurteilung überlassen bleiben. Im allgemeinen läßt sich sagen, daß der ausdrückliche Verzicht auf die Tarifansprüche mit der endgültigen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses möglich ist. Zu weit gehen die Landgerichte Kiel und Königsberg, die einen Verzicht auf Tarifansprüche auch nachträglich ablehnen.[27]) Doch hält Erdel ebenfalls einen Verzicht, der nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis erfolgt ist, für unzulässig aus dem Grunde, weil der Arbeitnehmer, solange er keine Stellung gefunden hat, immer noch von der Auskunft abhängig ist, die der Arbeitgeber über ihn gibt.[28]) Eine Zwangslage, die sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis ergibt — und nur um diese handelt es sich hier —, wird sich in den wenigsten Fällen über dessen Dauer ausdehnen. Daher kommt dieser Einwand praktisch gar nicht in Frage. Aber dem Arbeitnehmer, der nach Austritt aus

[25]) Hoeniger, Schl.W. 1922, S. 78.
[26]) a. a. O., S. 49.
[27]) Gew. u. Kfm. Ger., Jahrg. 1927, S. 116 u. NZfAR. 4. Jahrg., S. 693
[28]) Erdel, Schl.W. 1925, S. 17.

dem Arbeitsverhältnis widerspruchslos untertariflichen Lohn angenommen hat, darf auch jetzt noch nicht ein stillschweigender Verzichtswille unterschoben werden. Die Gründe, die im allgemeinen gegen den stillschweigenden Verzicht sprechen, bestehen hier noch fort. Der Verzicht muß vielmehr hinsichtlich der gesamten Nachforderung ausdrücklich geschehen, soweit die einzelnen Forderungen nicht schon verjährt sind.

Die schwankende Rechtsprechung hat vielfach die Gerichte dazu bewogen, bei Nachforderungen die Streitsparteien zum Vergleiche zu veranlassen. Hier ist die Sachlage nicht viel anders. Der Vergleich — auch der gerichtliche — ist nach rein materiellen Gesichtspunkten zu beurteilen,[29]) wenn er auch unter Mitwirkung des Richters geschlossen ist. Doch wird meist das Schutzinteresse der VO. für Arbeitnehmer, der gegen den Arbeitgeber gerichtlich vorgeht, nicht mehr bestehen. Sehr häufig wird er nicht mehr bei dem Arbeitgeber in Arbeit stehen und deshalb der gerichtliche Vergleich wirksam sein.

Die Fragen über die Nachforderung von Tariflohn finden sinngemäße Anwendung auf die anderen Ansprüche aus dem TV. Eine abweichende Auffassung ergibt sich jedoch beim Urlaub. Meist sind in Tarifverträgen und Arbeitsordnungen Klauseln vorgesehen, wonach der nicht angetretene Urlaub in einem gewissen Zeitraum verfällt. Diese Klauseln sind auch da wirksam, wo der Arbeitnehmer nur untertariflichen Urlaub erhält, in bezug auf den noch zu beanspruchenden tariflichen Urlaub, wenn er innerhalb der durch die Verfallsklausel vorgesehenen Zeit seine Nachforderung auf diese nicht zu erheben wagt. Diese Klauseln gehen nämlich allgemein vor und werden nicht durch die U. berührt, weil sie im konkreten Falle keine Umgehung des § 1 VO. bedeuten. In einer Verfallsklausel, die jedoch durch Einzelvereinbarung vorgesehen ist, kann dagegen der Zweck erkennbar sein, durch sie dem Arbeitnehmer den Anspruch auf tarifgemäßen Urlaub endgültig entziehen zu wollen. Insoweit ist sie dann unwirksam. Es kann auch durch Gesamtvereinbarung die Bezahlung des entsprechenden Arbeitslohnes für nicht angetretenen Urlaub (Abgeltung) verboten sein. Auch hier ist die Entscheidung nicht anders. Diese Klausel geht vor und deshalb wird der Arbeitnehmer, der sich zu untertariflichem Urlaub verpflichtet hatte und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Bezahlung des Arbeitslohnes für den tarifgemäßen Urlaub verlangt, mit seinem Anspruch nicht durchdringen, da Naturalleistung nicht mehr möglich ist. Das ist in diesem Falle keine Härte, weil hier vertragsgemäß der Urlaub nur zur Erholung der Kräfte dienen soll, woran auch der Arbeitgeber ein Interesse hat. Uebri-

[29]) Vgl. Gaupp-Stein Komm. zur ZPO. § 794 Anm. II.

gens wird von der Wissenschaft zum Teil die Abgeltung des Urlaubs grundsätzlich abgelehnt.[30])

Im Anschluß daran ist noch zu erörtern der Fall der unwirksamen Sonderkündigungsfrist. Wird dem Arbeitnehmer gekündigt, so läuft nur die tarifgemäße Kündigungsfrist. Erst mit Ablauf dieser Frist gilt daher der Arbeitsvertrag für aufgelöst. Die Kündigungsfrist ist eine Schutzvereinbarung zugunsten beider Vertragsteile. Sie gilt daher auch nur, solange sie diesen durch sie verfolgten Zweck noch hat. Es steht also den Parteien nichts im Wege, das Arbeitsverhältnis durch Vertrag sofort aufzuheben.[31]) Der Arbeitnehmer kann nach Ablauf der vereinbarten (unwirksamen) Kündigungsfrist, während die tarifmäßige Kündigungsfrist noch läuft, ohne Widerspruch seine Arbeitsstätte verlassen. Aber er bringt dadurch konkludent zum Ausdruck, daß er mit der Auflösung des Arbeitsvertrags von diesem Zeitpunkt an einverstanden ist. Hier erfordern, wenn er dies nicht will, Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß er widerspricht; andernfalls hat er seinen Anspruch auf Beschäftigung und Arbeitslohn von da bis zum Ablauf der tarifgemäßen Kündigungsfrist verwirkt. Der Auflösungsvertrag hat mit der Kündigungsfrist selbst gar nichts zu tun. Diese würde weiterwirken, wenn der Auflösungsvertrag nichtig wäre.

§ 13.

Die Kündigung als Mittel gegen die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

Der Arbeitsvertrag ist ein Dauervertrag. Er schafft ein Verhältnis zwischen den Vertragsparteien, wodurch beide in der Regel zeitlich unbeschränkt einander zu Leistungen verpflichtet sind. Natürlich kann keiner der Parteien zugemutet werden, daß sie sich ewig an den Vertrag gebunden sieht. Daher ist in jedem Arbeitsvertrage die stillschweigende Vereinbarung enthalten, daß jede Partei durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner dieses Vertragsverhältnis auflösen kann. Diese Freiheit kann der Arbeitgeber dazu benützen den Arbeitnehmer zum Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags zu veranlassen und im Weigerungsfalle ihm zu kündigen in der Hoffnung diesen durch einen Arbeitnehmer zu ersetzen, der sich den Wünschen des Arbeitgebers gefügiger zeigt.

---

[30]) Vgl. Hueck Arbeitsvertragsrecht.
[31]) Vgl. Nipperdey a. a. O., S. 46 Anm. 68 a.

Die wirtschaftliche Stärke des Arbeitgebers im Vergleich zu der schwachen Position des Arbeitnehmers, der nur seine Arbeitsstelle und seine Arbeitskraft hat, und die Tendenz der Sozialvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers verleiten manche zur Anschauung, daß der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers eine freirechtliche Ausdehnung zuläßt. Sie begünstigen damit den Arbeitnehmer in gesetzl. nicht begründeter Weise und schränken das ursprünglichste Freiheitsrecht des Arbeitgebers zu Unrecht ein. Der Arbeitgeber muß in seinem Betriebe eine gewisse Organisationsfreiheit haben, denn immer sind es wirtschaftliche Beweggründe, die ihn in dieser Ausübung zu gewissen Maßnahmen verleiten; andernfalls schützen den Benachteiligten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gegen Sittenwidrigkeit, Schikane u. a..

Solange der Arbeitgeber nicht durch Vertrag in seinem Kündigungsrechte gehindert ist, dienen lediglich die positiven Gesetze zum Schutze des Arbeitnehmers.[1]) Die Handlungsfreiheit des Arbeitgebers ist also grundsätzlich frei. Soweit sie jedoch den Wirkungsbereich seines Unternehmens betrifft, hat sie ihre Grenzen durch das Betriebsrätegesetz. So ist der Arbeitgeber in seinem Kündigungsrechte beschränkt durch §§ 84 ff. Betr.-Räte-Gesetz. Diese §§ geben dem Gekündigten die Möglichkeit sich vor ungerechter Kündigung zu schützen. Dieser Kündigungsschutz darf aber seine einzige Aufgabe nicht darin suchen, Kündigungen hintanzuhalten, die in der Absicht vorgenommen wurden andere als tarifgemäße Arbeitsbedingungen herbeizuführen. Der Wortlaut des § 84 Ziff. 4 BRG. („unbillige Härte") gebietet die Auslegung nach jeder Richtung aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen. Demnach kann die in der Kündigung liegende unbillige Härte in der Person des Arbeitgebers, in der des Arbeitnehmers oder überhaupt in den Betriebsverhältnissen liegen. § 84 Ziff. 4 BRG. gibt bei jeder normalen Kündigung dem Arbeitnehmer, wenn er sich ihr nicht fügen will, ein Recht beim Gruppenrat Einspruch dagegen zu erheben. Aber die, die den Kündigungsschutz über diese Vorschriften hinaus ausdehnen wollen, haben immer schon als Grund angeführt, die §§ 84 ff. BRG. reichen deshalb nicht aus, weil diese nur für Betriebe Geltung haben, in denen eine Betriebsvertretung vorgesehen ist, nicht aber bei den Kleinbetrieben.[2]) Deshalb würden die sozialen Gesichtspunkte eine allgemeine Verstärkung des Kündigungsschutzes verlangen. Der gegenwärtige Zustand hat aber seinen guten Grund. Es werden dadurch die Kleinbetriebe etwas berücksichtigt. Sie haben ohnedies unter der Konkurrenz die Großbetriebe zu leiden. Deshalb bedarf der Kleinbetrieb gewisser Freiheiten

[1]) Vgl. Oertmann, Der politische Boykott, S. 44, 45.
[2]) So Nipperdey a. a. O., S. 64.

innerhalb seines Wirkungskreises, denn ein Zwang von außen kann hier viel leichter wirtschaftliche Erschütterungen hervorrufen, z. B. dadurch, daß der Arbeitgeber gegen seinen Willen den Arbeitnehmer weiter beschäftigen muß. Außerdem steht der Kleinbetriebsunternehmer mit dem Arbeitnehmer in einem engeren Kontakt; es ist ihm aus persönlichen Gründen meist gar nicht zuzumuten, einen Arbeitnehmer noch weiter zu beschäftigen. Das Arbeitsrecht ist ja nach den bestehenden Vorschriften zum Teil noch immer auf das persönliche Treueverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgestellt. Daher kann sich auch der Unternehmer eines Betriebes, wo eine Betriebsvertretung vorhanden ist, wenn dem Einspruch des gekündigten Arbeitnehmers stattgegeben wurde, durch Abgeltung von der Pflicht der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers befreien. Allerdings sieht bereits ein Entwurf des neuen Arbeitsvertragsrechtes in erweitertem Maße grundsätzlich einen Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitnehmers ähnlich dem § 84 BRG. vor. Aber es muß eben vorerst der Auffassung entgegengetreten werden, daß nach den geltenden Vorschriften eine Kündigung grundsätzlich nichtig ist oder zum Schadenersatz berechtigt,[3]) wenn sie der Arbeitgeber vornimmt, weil sich der Arbeitnehmer weigert, zu untertariflichen Arbeitsbedingungen zu arbeiten.

Es wird zum Teil in der Kündigung — natürlich immer vorausgesetzt, daß sie aus den geschilderten Gründen erfolgt ist — eine Verletzung der relativen Friedenspflicht erblickt.[4]) Da die Friedenspflicht einen Ausfluß des obligat. Teils des TV. darstellt, bedeutet die Kündigung nur dann eine Verletzung der Friedenspflicht, wenn der Arbeitgeber selbst TV.-Partei ist. In den anderen Fällen besteht nur ein Anspruch darauf, daß der Arbeitgeberverband auf sein Mitglied mit den verbandsmäßigen Zwangsmitteln einwirkt. Die Möglichkeit, wonach der gekündigte Arbeitnehmer als berechtigter Dritter nach § 328 BGB. Aufhebung der Kündigung verlangen kann, führt daher selten zum Erfolg.[5]) Bei einem allgemein verbindlich erklärten TV. bleibt aber dieser Weg dem tarifunterworfenen Außenseiter mangels einer Bindung durch den obligat. Teil des TV. ganz verschlossen.

Im Gegensatz dazu sieht Nipperdey ein Verbot der Kündigung, die zur Befreiung der tarifgemäßen Arbeitsbedingungen herbeigeführt wurde, im normativen Teil des T.V. begründet.[6]) Darnach enthalte jeder TV. die immanente Arbeitsnorm, die den Arbeitgeber verpflichtet, „einem Arbeitnehmer, der die

[3]) So Bewer RArbBl. NAT. 1922, S. 704.
[4]) Vgl. Groh Konditionsrecht, S. 144.
[5]) Vgl. Kaskel, zur Lehre vom Tarifbruch.
[6]) a. a. O., S. 70.

Einhaltung des tarifentsprechenden Arbeitsvertrags verlangt, nicht um deswillen zu kündigen." Diese gehe automatisch und unabdingbar in den Arbeitsvertrag ein und deshalb sei eine aus diesem Grunde erfolgte Kündigung unwirksam.

Das einseitige Gestaltungsrecht des Arbeitgebers kann zwar hinsichtlich des Grundes der Kündigung durch Tarifnorm beschränkt werden. Dies muß jedoch ausdrücklich geschehen. Dies ergibt sich aus der Natur der „Normen": Wenn sie nicht für die Parteien selbst gelten sollen, durch die sie geschaffen wurden, so müssen sie eine klare ausdrückliche Regelung enthalten, damit die Einzelparteien auch wissen, was zwischen ihnen eigentlich gelten soll. Eine stillschweigend geltende Norm in dem Sinne, wie etwa ein Vertrag eine stillschweigende Bestimmung enthalten kann, gibt es nicht. (Gerade das will scheinbar Nipperdey mit dieser gewissen „jedem TV. immanenten Arbeitsnorm" besagen.) Die hier vertretene Ansicht findet auch ihre Begründung in § 1 VO., die für den TV. Schriftform vorschreibt, wenn sie unmittelbare und unabdingbare Wirkung haben soll. Hinsichtlich der von Nipperdey angenommenen Arbeitsnorm fehlt indessen eine gesetzliche Formvorschrift; sie kann daher gar nicht die durch § 1 VO. beabsichtigte Wirkung auf die Einzelarbeitsverträge ausüben.

Neben der dem TV. immanenten Arbeitsnorm enthalte, so glaubt Nipperdey in Anlehnung an Grohs Gedankengang,[7]) jeder Vertrag die sekundäre Unterlassungspflicht für den Schuldner, den Vertragszweck nicht zu vereiteln.[8]) Eine Vereitelung des Vertragszwecks (nämlich die Erfüllung der tarifentsprechenden Arbeitsbedingungen zu sichern) liege dann vor, wenn der Arbeitgeber, der regelmäßig nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht zu kündigen pflegt, kündigt, um sich seiner Verpflichtung zur Erfüllung des tarifentsprechenden Arbeitsvertrags zu entziehen. Es sei das Wesen der in den Arbeitsvertrag eingegangenen Arbeitsnormen, für eine bestimmte Zeit dem Arbeitnehmer Arbeitsgelegenheit unter festen Bedingungen zu verschaffen. Dieser letzte Satz ist zwar richtig, aber dieser Zweck ist keine Verpflichtung des Einzelarbeitsvertrages, sondern eine solche, das verkennt Nipperdey, des obligatorischen Teils des TV.[9]) Daß dem Arbeitnehmer tatsächlich für bestimmte Zeit feste Arbeitsbedingungen gewährt werden, dafür bietet die VO. eine Garantie. Dieser von Nipperdey angenommene Vertragszweck müßte folgerichtig auch für beide Einzelparteien gelten, besonders dann, wenn der TV. eine Abweichung nach oben durch Ausschlußnorm verbietet. Der Arbeitnehmer, der demnach tarifwidrig mehr ver-

[7]) Konlitionsrecht, S. 144 f.
[8]) a. a. O., S. 69.
[9]) Vgl. Flatow RArbBl. NAT. 1924, S. 250.

langt, weil ihm bereits von anderer Seite mehr geboten wurde, könnte ebensowenig kündigen, wenn ihm der Arbeitgeber die Mehrzahlung verweigert. Also ein unmögliches Ergebnis!

Der von Nipperdey aufgeworfene Gedanke ist bereits in ähnlicher Weise entwickelt worden aus § 242 BGB.: die Parteien sind verpflichtet, ihre Leistungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfüllen. Zur Leistung gehöre auch die Kündigung. Der Arbeitgeber dürfe den Arbeitsvertrag nicht wider Treu und Glauben lösen.[10]) Aber der auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsvertrag enthält eben einen Vorbehalt zugunsten des Einzelnen hinsichtlich seines Willens, den Vertrag einseitig zu lösen. Durch die ordnungsgemäße Kündigung wird kein Forderungsrecht der gekündigten Partei verletzt. Sonst würde gerade da, wo Mangel an Arbeitskraft herrscht, diese Leistungspflicht nach § 242 BGB. auch dem Arbeitnehmer verbieten, während dieser Zeit zu kündigen, selbst wenn für ihn eine günstigere Arbeitsstelle in Aussicht steht. Das Recht der ordnungsmäßigen Kündigung steht also den Vertragsparteien grundsätzlich frei.

Nur die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften — abgesehen vom Betr.Räte-Gesetz — können das Kündigungsrecht beschränken, insbesondere Nichtigkeit der Kündigung herbeiführen, z. B. wegen Sittenwidrigkeit, oder dem Gekündigten einen Anspruch auf Schadenersatz zuerkennen. Es ist aber Art. 159 Satz 2 der Reichsverfassung nicht geeignet, das Kündigungsrecht des Arbeitgebers auszuschließen.[11]) Art. 159 RV. gewährleistet zwar die Vereinigungsfreiheit der Einzelnen als solche, nicht aber den durch diese verfolgten Zweck. Es liegt auch in der aus den angenommenen Gründen erfolgten Kündigung kein Verstoß gegen die guten Sitten.[12]) Wenn jemand aus wirtschaftlichen Interessen handelt, verstößt er, solange er hierdurch vertragliche Verpflichtungen nicht verletzt, nicht gegen die guten Sitten, wenn auch der Gegner dadurch geschädigt wird.[13]) In der Tat handelt hier der Arbeitgeber nur im Interesse seines Betriebes; dem Arbeitnehmer gegenüber ist sein Verhalten durchaus loyal; denn er sagt sich: „Ich brauche eine billigere Arbeitskraft, und ich muß deshalb meinem Arbeitnehmer kündigen. An sich bin ich dem Arbeitnehmer zu tarifgemäßen Arbeitsbedingungen verpflichtet. Aber ich will ihn nicht seiner Arbeitsstätte berauben, wenn es nicht sein muß. Ich biete ihm die geringeren Arbeitsbedingungen an. Ist er bereit, nach diesen weiter zu arbeiten, dann mag er blei-

[10]) Meldbach, Deutsches Arbeitsrecht, S. 64.
[11]) a. M. Flatow RArbBl. 1924, S. 250.
[12]) a. M. Potthof, Probleme des AR., S. 121 ff.
[13]) Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. § 138 Anm.

ben." Diese Kündigung ist weder nichtig nach § 138 BGB., noch kann sie einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 BGB. begründen.

Ein weiterer Fall, die unabdingbare Wirkung zu beseitigen, ist der, daß der Arbeitgeber aus seinem Verbande austritt, dem tarifunterworfenen Arbeitnehmer kündigt unter gleichzeitigem Angebot eines neuen untertariflichen Arbeitsvertrags. Dies kommt allerdings selten vor, da der Arbeitgeber kaum sich von seinem Verbande, von dem er sonst nur Vorteile hat, loszusagen pflegt, um untertarifliche Arbeitsverträge herbeiführen zu können. Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, der Austritt aus dem Verbande ist wirksam, solange dieser nicht bloß scheinbar erklärt wird und damit die Nichtigkeit nach § 117 BGB. zur Folge hat. In der in diesem Zusammenhang erfolgten Kündigung mit dem gleichzeitigen Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages erblickt Hueck einen Scheinvertrag, deshalb, weil das alte Arbeitsverhältnis noch fortbesteht.[14]) Darnach bedeutet dieser Vertrag nur die vertragliche Abänderung des alten Arbeitsvertrages, die wegen der U. des TV. unwirksam ist. Das ist jedoch nicht zutreffend. Die Kündigung und der Abschluß des neuen Arbeitsvertrages wurden ja ernstlich vorgenommen. Nach herrschender Meinung[15]) ist hier, obwohl das alte Arbeitsverhältnis fortbesteht, tatsächlich ein neuer Arbeitsvertrag und nicht bloß eine Vertragsänderung geschlossen worden. Die Ansicht Huecks paßt besonders dann nicht, wenn zwischen der Kündigung und dem Neuabschluß ein gewisser Zeitraum verstrichen ist.

Richtiger geht dagegen Nipperdey vor. Durch die formell vorgenommene Kündigung sucht der Arbeitgeber § 1 VO. zu umgehen und damit die U. des TV.s mattzusetzen. Die VO. läßt auch für ausgeschiedene Arbeitgeber für bestehende Arbeitsverträge die U. weitergelten. Die Kündigung verfolgt daher lediglich den Zweck, den Einfluß der VO. zu beseitigen. Die Rechtslage ist also ganz so wie bei dem tarifwidrigen Verzicht. Die Kündigung bedeutet einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg, der nach § 134 Nichtigkeit herbeiführt. Der Neuabschluß ist infolgedessen nur eine vertragliche Aenderung des Arbeitsvertrages, die unwirksam ist, soweit sie dem normativen Teil des TV.s widerspricht. Wenn allerdings ein gewisser Zeitraum besteht zwischen dem Austritt und dem Neuantritt des Arbeitnehmers, so kann nicht ohne weiteres von einer unzulässigen Gesetzesumgehung gesprochen werden, weil sich dann nicht eindeutig erkennen läßt, ob die Kündigung vorgenommen worden ist, um untertarifliche Bedingungen herbeizuführen oder aus anderen Gründen.

[14]) Hueck, Tarifrecht, S. 47.
[15]) Vgl. Nipperdey a. a. O., S. 16.